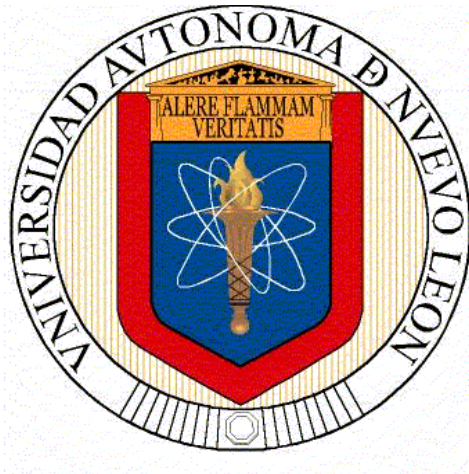


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



TESIS

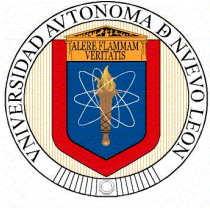
***TENDENCIAS MEXICANAS DEL CONSTITUCIONALISMO
MODERNO***

QUE PRESENTA:

EDUARDO MATA MÉNDEZ

**PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO
PROCESAL**

SEPTIEMBRE 2015



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



TESIS

TENDENCIAS MEXICANAS DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

PRESENTA:

EDUARDO MATA MÉNDEZ

PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL

DIRECTOR DE TESIS

DRA. AMALIA GUILLÉN GAYTÁN

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, NUEVO LEÓN,

SEPTIEMBRE DE 2015

ÍNDICE

Presentación.....	7
Introducción	10
1.1. Antecedentes.....	13
1.2. Realidad Problemática.....	16
1.3. Formulación del Problema de Investigación	21
1.4. Hipótesis	21
1.5. Objetivos de la Investigación	22
1.5.1. Objetivo General	22
1.5.2. Objetivos Específicos.....	22
1.6. Variable.....	22
1.7. Tipo de Investigación.....	22
1.7.1. Investigación Cualitativa	22
1.7.2. Investigación Descriptiva	23
1.8. Elección del Método Científico.....	24
1.9. Viabilidad de la Investigación.....	24
1.10. Justificación de la Investigación.....	25
1.11. Marco Conceptual.....	27

CAPÍTULO I GENERALIDADES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Generalidades del Neoconstitucionalismo	39
1.1. Marco Histórico	39

1.2. Marco Filosófico.....	40
1.3. Marco Teórico	42
1.3.1. La Fuerza Normativa de la Constitución.	43
1.3.2. La Expansión de la Jurisdicción Constitucional.	45
1.3.3. El Neoconstitucionalismo	46
1.4. Iusnaturalismo, Realismo y Positivismo Tradicional	54
1.5. El Neoconstitucionalismo según Moreso	56
1.6. Luigi Ferrajoli	57
1.7. Gustavo Zagrebelsky	75
1.8. Teoría de Cippitani.....	83
1.9. Angeles López:	86
1.10. Riccardo Guastini.....	88

CAPÍTULO II

LA PONDERACIÓN

La Ponderación.....	95
2.2. El Modelo de la Decisión y el Modelo de la Fundamentación.....	96
2.3. La Fundamentación de Enunciados Condicionados de preferencia no referida específicamente a la Ponderación	97
2.4. La Fundamentación referida específicamente a la Ponderación	99
2.5. Objeciones Dogmáticas	108
2.6. El Juicio de la Ponderación.....	112
2.7. Los Conflictos entre Normas Constitucionales y la Ponderación.....	113
2.8. Reglas de la Ponderación (o Juicio de Proporcionalidad).....	121

2.9. Tres Observaciones sobre la Ponderación	128
2.10. La Ponderación y el Principio de Proporcionalidad.....	141
2.11. Clases de Ponderación.....	145
2.12. Pasos ó Etapas de la Ponderación	146
2.13. Crítica al Método de Ponderación	150

CAPÍTULO III

EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado Constitucional: del Rule off Law al Estado Democrático Constitucional de Derecho: aproximación a los Modelos de Estado de derecho.	157
3.1. Reflexiones Iniciales	157
3.2. Los Modelos Clásicos	158
3.3. Estado de Derecho en el siglo XX	166
3.4. La Lucha por el Estado Democráticos Constitucional.....	170

CAPITULO IV

IMPACTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Impacto del Neoconstitucionalismo en el Sistema Jurídico Mexicano	182
4.1. Consecuencias del Neoconstitucionalismo	190

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El Principio IURA NOVIT CURIA y el Neoconstitucionalismo: fundamento del contenido de las Sentencias Penales	207
5.1. Principio “IURA NOVIT CURIA”: Etimología	207
5.2. Concepto del principio “IURA NOVIT CURIA”:	209
5.3. El principio “IURA NOVIT CURIA” ¿Es una Facultad?	210
5.4. El principio “IURA NOVIT CURIA” ¿Es un Deber?	213
5.5. El principio “IURA NOVIT CURIA” ¿Es una Obligación?	215
5.6. El principio “IURA NOVIT CURIA”: Una Herramienta del Juez en torno al Neoconstitucionalismo y la Sentencia	216
Conclusiones	222
Bibliografía.....	236
Páginas Web consultadas.....	246

Dedicatoria

A mis padres y hermanos por el apoyo incondicional.

A mis amigos, por su constante interes en mi desarrollo profesional.

A mis maestros, por su enseñanza y sembrar en mí el interés de seguir preparándome.

A las autoridades de la Universidad Autónoma de Nuevo León, por su apoyo.

A todas aquellas personas que de una manera u otra, me han inculcado a seguir con lo que me
ayudará en mis principios jurídicos.

A todos los que me rodean, que son muy importantes para mí y que son el impulso en todos
los aspectos del desarrollo profesional.

PRESENTACIÓN

La investigación que presentamos a la comunidad jurídica, versa sobre “TENDENCIAS MEXICANAS DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO”, y es el producto de un arduo trabajo de investigación durante los estudios de doctorado.

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley.

Es necesario mencionar, que el desarrollo de esta investigación, se ha realizado, siguiendo los lineamientos establecidos para una tesis; por ello, en el Primer Capítulo, estudiaremos la parte metodológica, que comprende desde los

antecedentes, realidad problemática, formulación del problema, hipótesis, objetivos, modelo de investigación, etc.

En el Segundo Capítulo, se abordara, la parte científica. En esta parte de la investigación se estudiaran cuatro puntos esenciales, siendo el primero: INTRODUCCIÓN AL NEOCONSTITUCIONALISMO, en este apartado, se estudiará todos los alcances de esta institución jurídica que aparece después de la Revolución Francesa.

En el segundo apartado se analizara el tema de la “LA PONDERACIÓN” la cual en pocas palabras, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; aquí es donde propiamente rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna. Y por último, LA RETÓRICA: Lo cual esta referido a la necesidad urgente de una adecuada formación retórica y argumentativa del juzgador.

En el Tercer Capítulo, estudiamos el estado constitucional, mismo que surge en el siglo XVI en Inglaterra, fortaleciéndose en Francia y Estados Unidos; donde algunos reyes alegaban un derecho natural y delegado directamente de Dios, aunque los Parlamentarios no aceptaban esa visión, sobre todo en Inglaterra.

Existiendo la famosa frase del Rey Luis XIV de Francia “El Estado soy yo”, pronunciada el 13 de abril de 1655 ante el Parlamento Francés.

En el Cuarto Capitulo, se analiza el impacto el neoconstitucionalismo en el sistema jurídico mexicano, viendo diversos comentarios de los autores ATIENZA, KELSEN, HABERLE, FARALLI, SANCHÍS; aquí el derecho se hace mas complejo, por la evolución de los Derechos Fundamentales, por la concurrencia de los principios, donde el derecho es igual a valores, principios y directrices, que concurren en forma conjunta con las reglas, normas jurídicas y leyes en la solución de los conflictos.

El ultimo y Quinto Capítulo, trata sobre el *iura novit curia* y el neoconstitucionalismo, donde se va fundamentar que el Juez, al conocer el derecho, lo cual incumbe a todos los principios, valores y Derechos Humanos contenidos en la Constitucion, debe aplicar las normas jurídicas conforme a lo precisado y este debe reflejarlo en los fallos emitidos a través de una sentencia. A su vez, el principio *iura novit curia*, viene a concluir que el juzgador tiene de apoyo este principio como herramienta para aplicar el derecho dentro de la teoría del neoconstitucionalismo.

INTRODUCCIÓN

La Constitución, en tanto norma suprema, establece las bases constitucionales del derecho público y el derecho privado. Pero quizás sea en el derecho penal donde la vinculación e influencia del derecho constitucional se hace más patente, en la medida que los valores de libertad personal y seguridad que realiza, constituyen su finalidad.

Por ello, podemos decir que el derecho constitucional incide en el derecho penal, por un lado, respecto de la privación de la libertad sobre la base del principio de legalidad.¹ Esto como consecuencia de que el poder punitivo del Estado recae directamente sobre la persona, cuyo respeto a su dignidad es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

En esa medida, dicho poder no puede ser ejercido arbitrariamente, sino dentro de los valores superiores, principios constitucionales y Derechos Fundamentales que la Constitución reconoce. Por otro lado, el derecho Constitucional vincula al derecho penal a través de la interpretación y argumentación constitucionales. De ahí que se pueda señalar que las categorías jurídicas de la dogmática penal son susceptibles de

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta. 1989. P. 373.

ser objeto de interpretación en unos casos, y de definición de su contenido en otros, a través de los distintos métodos de interpretación.²

No cabe duda de que la Ley Fundamental, en los actuales Estados constitucionales democráticos, establece los principales fundamentos del derecho público y del derecho privado. Ello es así toda vez que la Constitución no solo es una norma política, sino también jurídica, manifestación suprema del ordenamiento jurídico, pues en ella se encuentran las bases constitucionales del derecho penal y de todas las disciplinas del derecho.

En ese entendido, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal se encuentra abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional. Es decir, se encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y las de la política criminal. Debe considerarse que, en última instancia, las bases del derecho penal no hay que buscarlas en las leyes sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático.

² MIR Puig, Santiago. «*El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal*». En Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia. Tirant lo Blanch. Tomo II. 2009. Pp. 1357-1382.

MARCO METODOLÓGICO

1.1.ANTECEDENTES

El ámbito del desarrollo de la práctica constitucional de las últimas décadas, ha generado, que los antecedentes del neoconstitucionalismo tienen que ver con la reconexión entre derecho y moral operada en torno a la crisis de la Segunda Guerra Mundial y la posterior consolidación del constitucionalismo europeo de postguerra.

Como hitos fundamentales de esa reconexión y de forma precursora aparecen sin duda Hermann HELLER y Gustavo RADBRUCH. El primero, al establecer los principios jurídicos integrantes de la Constitución como tendiendo un puente entre la normatividad moral histórica de una comunidad y la normatividad jurídica destacada de la Constitución positiva, ello porque la Constitución como texto jurídico destacado se halla incapacitada para "...establecer, de una vez para siempre, el contenido, históricamente cambiante en la mayoría de los casos, de las normas sociales que complementan a las jurídicas".

El segundo, luego de los horrores del nacional socialismo y la Segunda Guerra Mundial, cambió su credo relativista y positivista para afirmar el derecho como

ciencia de la cultura y valorativamente plena: “el derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural”.

El carácter valorativo del derecho es incorporado en la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico. Desde la Universidad de Heidelberg, RADBRUCH, reflexionando sobre la experiencia del Juicio de Nuremberg que condenó a los jerarcas nazis, apuntala la fórmula según la cual “lex iniustissima non est lex” (la injusticia extrema no es derecho). No se trataba para Radbruch de moralizar todo el derecho positivo prescribiendo que sólo lo justo es derecho, sino de que hay normas que, por la gravedad o intensidad de su injusticia, no pueden valer como derecho. Queda por lo tanto, en esos casos, descalificada la pretensión imperativista hobbesiana: “auctoritas, non veritas facit legem” (la autoridad y no la verdad hace la ley). Sentencia del autor del Leviatán que está en los orígenes mismos de la relación entre imperativismo y positivismo jurídico modernos.

Más recientemente, luego de la caída del muro de Berlín, en la circunstancia en que los tribunales de la República Federal Alemana se vieron abocados al juzgamiento y condena de los jerarcas de la República Democrática Alemana que habían ordenado disparar sobre las personas que intentaban cruzar la frontera entre ambas repúblicas, que tenía su punto más tristemente célebre en dicho muro, así como los soldados que ejecutaron las órdenes, un autor contemporáneo que bien puede enrolarse en las corrientes neoconstitucionalistas, Robert ALEXY, profesor de la Universidad de Kiel, recupera y defiende la fórmula de RADBRUCH, impugna el positivismo jurídico acrítico, sosteniendo conexiones necesarias entre derecho y

moral, y advierte a las autoridades que asumen un riesgo jurídico futuro cuando aplican normas extremadamente injustas .

En resumen, el neoconstitucionalismo es el resultado de la pretensión normativa del Derecho Constitucional, en tanto que derecho sobre el derecho, frente a la experiencia del siglo XX, que ha mostrado su lado oscuro, genocidios, guerras, destrucción masiva de vidas, control sobre las conciencias, etc., pero que al mismo tiempo ha encontrado un tenue hilo de luz esperanzadora en el reconocimiento de Derechos Humanos y Garantías Fundamentales en la esfera internacional, regional y nacional.

Frente a este panorama, el neoconstitucionalismo exige activamente la fuerza normativa de la Constitución, como punto de conexión entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los ordenamientos jurídicos positivos nacionales, imagina la constitución como el depósito cultural en movimiento no sólo de reglas jurídicas, sino también de principios e incluso valores constitucionalizados que tienden el puente entre moralidad y derecho a la hora de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, o a la hora de decidir políticas del derecho. De ahí que exija el filtrado constitucional de todas las decisiones legislativas, gubernamentales, administrativas y judiciales para lograr la eficacia de los Derechos Fundamentales que hacen a la dignidad y libertad de las personas.

1.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Antes de precisar la realidad problemática que incumbe a esta investigación, vamos a referirnos al neoconstitucionalismo, el cual ha generado cambios de paradigmas en la forma de interpretar la Constitución; paradigmas, que, precisamente, han generado altibajos entre los operadores jurídicos y mas aún, en las sentencias de ámbito penal.

El neoconstitucionalismo, que también puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico anterior, llamado también constitucionismo legal (Estado Legal de Derecho).

Asimismo, este nuevo paradigma constitucional ha generado un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Pareciera que, desde este punto de vista, el estudio del neoconstitucionalismo interesa casi más a los filósofos del Derecho y a los que se ocupan de la Teoría del Derecho, que a los propios constitucionalistas; sin embargo es un mero espejismo que no deja relegado a los constitucionalistas.³

Ahora bien, para ampliar mas el panorama, abordaremos el paradigma jurídico predominante en Europa al momento de surgir el neoconstitucionalismo, que en ese entonces era el positivismo jurídico. De las tres preguntas fundamentales de la teoría

³ GUASTINI, Riccardo. *“La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”*. Estudios de teoría constitucional. IIJ-UNAM. Fontamara. México. 2001.

jurídica, validez, eficacia y justicia de la norma jurídica, el positivismo sólo pretendía responder a la primera y dejaba las restantes a la Sociología Jurídica y a la Filosofía o la Ética, respectivamente. Ahora la teoría jurídica pretende ocuparse de las tres cuestiones. Hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo, del formalismo jurídico. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa porque respete y desarrolle los Derechos Humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos estén garantizados en la práctica.⁴

Hay una redefinición de los conceptos de validez y vigencia normativa. Ahora, la vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que validez jurídica pasa a significar conformidad con los Derechos Humanos de los ciudadanos. Lo cual, en este caso, es por medio de la sentencia después de un proceso penal acusatorio, por donde debería reflejarse el neoconstitucionalismo. La interpretación debe ser no solo legalista si no sobre el fundamento de los principios, valores, función jurídica y política de la Constitución; además, claro esta, dentro del marco de los Derechos Humanos.⁵

Por ello, la Constitución, su contenido, sus principios y valores y su función jurídica y política, y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica. Adquiere importancia el contenido y la valoración moral del derecho y no tan sólo de su perfección formal. Con esto se intenta “remoralizar” el derecho, si

⁴ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law. Principles and Policies*. Segunda edición. Aspen. Nueva York. 2002. Pp. 486 – 517.

bien realizado desde variadas perspectivas axiológicas. Así, el constitucionalista italiano Mauro CAPELETTI señala que el constitucionalismo incorpora, positiviza y formaliza las exigencias del Derecho Natural, movilizándolo el derecho, permitiendo su crítica interna, incorporando en su seno una teoría de la justicia, fundada en los Derechos Humanos. Por su parte, desde una perspectiva diferente, Dworkin escribe sobre la necesidad de hacer una lectura moral de la Constitución,⁶ lo que hubiera sido un contrasentido desde la perspectiva iuspositivista clásica. Autores como FERRAJOLI reconocen el carácter normativo y no sólo descriptivo de la ciencia jurídica y de la interpretación constitucional. El derecho que se descubre debe ser realizado y garantizado en la práctica de modo efectivo.⁷

Así pues, la nueva teoría del neoconstitucionalismo se ocupa atentamente de la metodología y el razonamiento jurídico, en especial del judicial, acercando la reflexión filosófica a la práctica jurídica. Así, ZAGREBELSKY llega a decir que la idea de derecho sólo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica social llamada derecho, en la que junto a las normas aparecen los hechos y los valores. Afirma que, antes que una “scientia iuris”, el derecho es básicamente una “iuris prudentia”.⁸ La interpretación constitucional, que pasa a ser la decisiva en el quehacer jurisdiccional, tiene principios y reglas propias que la distinguen en parte de la interpretación legal. Fundamentalmente, la incorporación del criterio de la

⁶ DWORKIN, RONALD. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press. 1996. Pp. 86 y ss.

⁷ ALFONSO, Santiago. *Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008*.

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. “Dos tradiciones de derechos: Derechos de libertad y derechos de justicia”. *Derechos y Libertades*. Nº 2. Año 1. (1993-1994). Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III. Madrid. P. 371.

ponderación, que completa y a veces reemplaza al paradigma de la subsunción y el silogismo judicial, propio de la etapa iuspositivista.

Ahora bien, a base de lo expuesto y encuadrando la investigación al problema que nos interesa, iremos sobre las líneas de la actividad judicial y para ser mas precisos, concerniente a las sentencias que deben ser un claro reflejo de lo que se pretende con la nueva teoría constitucional.

En relación con lo anterior podemos afirmar que el neoconstitucionalismo alienta un modelo de poder judicial activista que tutele los Derechos Humanos para lograr su plena vigencia práctica. Pero más allá de estos trazos comunes, no se trata de un modelo consolidado ni tampoco homogéneo en su justificación teórica, que es además variable en función de los contextos históricos y sociales. Pensemos por ejemplo, en la ponderación de valores o bienes constitucionales en una situación concreta.

Esto nos conduce a formularnos la siguiente pregunta: ¿Cómo se expresa la tutela de los principios, valores y Derechos Humanos contenidos en la Constitución? La respuesta es obvia: a través de una sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria.

Por ello, se postula una nueva postura institucional de los Jueces, en particular de los Tribunales Constitucionales, que podríamos definir como activismo judicial, con fundamento normativo en los Derechos Humanos constitucionalizados y/o

reconocidos en los documentos internacionales.⁹ Esto vuelve a replantear el complejo y difícil tema de la misión que los Jueces, especialmente quienes tienen a su cargo el control de constitucionalidad, están llamados a cumplir en una democracia constitucional.

Por ello, este nuevo rol que se asigna a los Jueces es, en parte, una realidad muy positiva. Ellos deberían ser protagonistas y artífices de una creciente concientización y protección de los Derechos Humanos en nuestras democracias constitucionales.¹⁰ Su rol debe ser fundamental tanto por lo que ellos hacen a través de sus fallos, como por el estímulo que su actuación significó para los demás poderes de gobierno.

Además, el dictado de fallos que hagan operativos los derechos prometidos en el texto constitucional, es la forma que deberían tener los Tribunales Constitucionales y demás Jueces del Poder Judicial para legitimarse y prestigiarse ante la sociedad; sin embargo, en nuestra realidad jurídica, después de la reciente Reforma Constitucional del 2008, en donde se incorpora los principios de proceso penal acusatorio a la Constitución Federal, se ha venido instaurando paulatinamente en los diferentes Estados, por lo que hasta hoy es relativamente nuevo este sistema de justicia penal.¹¹

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. “*Jueces Constitucionales*”. Discurso pronunciado el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50^º aniversario de la Corte Constitucional Italiana.

¹⁰ HILBINK, Lisa. *Legalism against democracy: The political role of the judiciary in Chile, 1964-1994*. Tesis doctoral presentada en la Universidad de California. San Diego. 1999. Pp. 122 y ss.

¹¹ PINTO, Mónica. “*El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*”. AA.VV. La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto. Bs. As. 1997 Pp. 67-120.

Esto ha conllevado a la confusión de los principios procesales tradicionales con el nuevo proceso penal acusatorio, por lo que muy fácilmente, aun en las sentencias se han visto en dificultades para resolver a base de los principios de correlación, congruencia procesal, derecho a la defensa y demás derechos consagrados en la Constitución. Debido a esta debilidad jurídica en cuanto a la falta de precisiones jurisdiccionales y dogmáticas se han vulnerado innumerables principios de la Constitución, así como los valores y los Derechos Fundamentales contenidos en ella. Ante esto y con el afán de dar respuesta a esta realidad problemática nos planteamos la siguiente pregunta: *¿Cuales son las implicaciones del neoconstitucionalismo en las sentencias en el nuevo sistema de justicia penal en México?*

1.3.FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuales son las implicaciones del neoconstitucionalismo en las sentencias del nuevo sistema de Justicia Penal en México?

1.4.HIPÓTESIS

Toda sentencia debería ajustarse a los principios constitucionales, por encima de cualquier norma procesal que siga la tendencia neoconstitucional, para salvaguardar los Derechos Humanos.

1.5.OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

Describir cuales son las implicaciones del neoconstitucionalismo en el marco de las tendencias mexicanas del constitucionalismo moderno.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Describir la teoría del neoconstitucionalismo.
- Describir la ponderación como fundamento para emisión de una sentencia.
- Describir las generalidades del estado democrático de Derecho.

1.6.VARIABLE

Esta Investigacion cuenta con una: “Variable única”.

1.7.TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. INVESTIGACIÓN CUALITATIVA

Por la razón que buscamos una descripción de la doctrina en cuanto al tema objeto de la investigación (las implicaciones del neoconstitucionalismo en las sentencias dentro del nuevo sistema de justicia penal). Lo cual nos refiere como las sentencias deben expresar o manifestar que se han dictado no solo con los parametros procesales o con mero legalismo, sino mas bien tomando en cuenta los

principios, los valores y los Derechos Humanos contenidos en la Constitución; además del análisis descriptivo, evaluación y la interpretación de las teorías jurídico penales, que sustentan ciertas teorías que nos ayudaran al desarrollo de esta investigación.

1.7.2. INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA

Esta investigación es descriptiva puesto que, durante el desarrollo, describiremos todas las implicaciones sobre la actividad judicial en cuanto a las sentencias para garantizar la interpretación y ponderación, los principios, valores y Derechos Humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este análisis descriptivo nos permitirá fundamentar la hipótesis de esta investigación.

1.8.ELECCIÓN DEL MÉTODO CIENTÍFICO

Los resultados de esta investigación se obtendrán mediante los siguientes métodos:

➤ **Método Deductivo:** En el transcurso de la investigación se harán juicios que van de lo general a lo particular.

➤ **Método Científico:** Para el desarrollo de esta investigación, lo haremos a través de una serie de etapas para obtener un conocimiento válido desde el punto de vista científico, utilizando para esto instrumentos que resulten fiables.

➤ **Método Sistemático:** Este método servirá para ordenar sistemáticamente toda la información que se obtenga durante la investigación; con ello podremos obtener los resultados que se necesitan para esta investigación.

➤ **Método Histórico:** Es necesario recurrir a los antecedentes históricos para llevar a cabo una investigación adecuada y fundamentada, según los principios que han ido prevaleciendo en el tiempo dentro del ámbito jurídico penal.

1.9.VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

En sustento a la viabilidad de esta investigación, afirmamos que contamos con suficiente material bibliográfico, doctrina extranjera como nacional, la cual podemos encontrar en bibliotecas del Estado, además del material proporcionado mediante el

internet. Por ello, consideramos que esta tesis doctoral no tiene ninguna restricción en cuanto a la elaboración de la investigación que impida desarrollarla, independientemente de la materialización o no del tema propuesto.

Además, el objeto de esta investigación, está dentro de los parámetros de la lógica jurídica, el cual nos indica que es un problema concreto y latente que se viene dando en la realidad jurídica procesal del proceso penal acusatorio y que su aporte a la sociedad jurídica como civil, será de gran relevancia.

1.10. JUSTITIFICACION DE LA INVESTIGACIÓN

El fundamento que justifica esta investigación, lo encontramos en el desarrollo doctrinal. Esto nos va a llevar a investigar, cual ha sido el impacto del neoconstitucionalismo en las sentencias en el nuevo sistema de justicia penal.

Del mismo modo se justifica, debido a que el problema que se investiga puede ser contrastable, puesto que sus variables son precisas, coherentes y claras y, además, permite ser objeto de un examen jurídico; es decir el investigador, tiene la facilidad de analizar la naturaleza jurídica de los parámetros especificados en esta investigación para hallar las fisuras.

La investigación presentada tiene utilidad, dado que cuenta con beneficiarios directos e indirectos; en cuanto a los beneficiarios directos, encontramos a la ciencia del derecho, doctrina nacional, la comunidad universitaria y los operadores del derecho; en cuanto a los beneficiarios indirectos, esta investigación será de mucha

utilidad para formular bases científicas para posteriores trabajos de investigación. Siendo de aporte a profesionales y estudiantes universitarios debido a que el desarrollo de esta investigación se ha realizado con un estudio riguroso de las variables descritas en la hipótesis de la investigación.

1.11. MARCO CONCEPTUAL

ARGUMENTACIÓN. (Del lat. argumentatĭo, -ōnis).

Razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a alguien de aquello que se afirma o se niega. La argumentación jurídica debe concebirse “como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico jurídica. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como “discurso”, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como “discurso práctico”. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general”.

AXIOLÓGICO. (Del griego "axios", valor, y "logos", que significa estudio, teoría).

Es todo lo que se refiere a un concepto de valor o que constituye una axiología, es decir, los valores predominantes en una determinada sociedad. El aspecto axiológico o la dimensión axiológica de un determinado asunto implica la noción de elección del ser humano por los valores morales, éticos, estéticos y espirituales.

CASUÍSTICA.

1. adj. Dicho de una disposición legal: Que rige casos especiales y no tiene aplicación genérica.
2. f. En teología moral, aplicación de los principios morales a los casos concretos de las acciones humanas.

En el ámbito jurídico, la aplicación de las normas legales a casos concretos que se presentan para su resolución en sede tribunalicia y que terminan en una sentencia, van creando una fuente de Derecho, llamada jurisprudencia, que sirve para resolver de modo similar situaciones parecidas.

CIDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CONGRUENCIA. (Del lat. congruentia).

Conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio.

DERECHO. (Del lat. directus, directo).

Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva. Conjunto de normas jurídicas impero–atributivas que, en una cierta época y un país determinado, la autoridad política declara obligatorias.

DERECHOS HUMANOS.

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes.

DERECHOS FUNDAMENTALES.

Son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar. Son los derechos humanos constitucionalizados, es decir, elevados a rango constitucional. Los que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, suelen ser recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior.

DOGMÁTICA. (Del lat. dogmatĭcus, y este del gr. δογματικός).

Dicho de un método expositivo: En las obras jurídicas, que se atiene a principios doctrinales y no al orden y estructura de los códigos. Se usa en contraposición a exegético.

ECLECTICISMO. (De eclético).

Escuela filosófica que procura conciliar las doctrinas que parecen mejores o más verosímiles, aunque procedan de diversos sistemas.

ESTADO CONSTITUCIONAL.

Ferrajoli dice, que es un sistema creado por los hombres, es decir, de derecho positivo, de garantías, que tiene por finalidad, la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Este tipo de ordenamientos se caracteriza en los sistemas de constitución rígida, por el carácter positivo de las normas producidas y por la sujeción de estas al derecho. Es decir, en el modelo garantista no solo se

encuentra regulado en normas positivas (la constitución), el procedimiento a través del cual se crean las normas del sistema, sino que también existen normas positivas que regulan el contenido material de las normas futuras por crear.

ÉTICA. (Del lat. *ethicus*, y este del gr. ἠθικός).

Parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre. La ética, según la guía de estudio sobre ética jurídica de la Facultad de Derecho de la UNAM del año 2004, trata de lograr no solo hombres buenos, sino también virtuosos, es decir, que sepan conducirse con valores en sus actos sociales.

EXHAUSTIVIDAD.

Las precisiones dadas conducen a la convicción de que la exhaustividad en las sentencias es una exigencia cualitativa, que el juzgador no sólo cumple con ocuparse de cada cuestión planteada en el litigio de una forma cualquiera, sino cuando lo hace a profundidad, explora y enfrenta todas las cuestiones atinentes a cada tópico, despeja cualquier incógnita susceptible de generar inconsistencias en el discurso, enfrenta las diversas posibilidades advertibles en cada punto de los temas sujetos a decisión, expone todas las razones tenidas en cuenta para la asunción de un criterio, sin reserva ninguna, y en general, revela y explica en su totalidad lo que le sirvió para adoptar una interpretación jurídica, la integración de una ley, la valoración del material probatorio, el acogimiento o desestimación de un argumento de las partes o de una consideración de las autoridades que se ocuparon antes del asunto, esto último cuando la sentencia recaiga a un medio impugnativo de cualquier naturaleza.

Lo anterior, lo plasmo el Magistrado Leonel Castillo González, al resolver el Recurso

de inconformidad 6/2012, el día 15 de enero de 2013, logrando Unanimidad de votos, por los también Magistrados Juan José Olvera López y Juez Carlos Manuel Padilla Pérez Vertti.

FILOSOFÍA. (Del lat. philosophĭa, y este del gr. φιλοσοφία).

Conjunto de saberes que busca establecer, de manera racional, los principios más generales que organizan y orientan el conocimiento de la realidad, así como el sentido del obrar humano.

FUNDAMENTACIÓN.

La garantía de legalidad consagrada en el Artículo 16 de nuestra Carta Magna, establece que todo acto de autoridad precisa encontrarse debidamente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero la obligación de la autoridad que lo emite, para citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada; y por lo segundo, que exprese una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el por qué considero que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa.

Jurisprudencia y Tesis Aislada: 8ª Época

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Amparo en Revisión 220/93. Enrique Crisostomo Rosado y otro. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Manuel Patiño Vallejo. Secretario: Francisco Fong Hernández. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época.

Tomo XIV. Noviembre de 1994. Página 450.

HERMENÉUTICA. (Del gr. ἑρμηνευτικός).

En la filosofía de Hans-Georg Gadamer, teoría de la verdad y el método que expresa la universalización del fenómeno interpretativo desde la concreta y personal historicidad.

HETEROGÉNEO. (Del lat. heterogenēus, y este del gr. ἑτερογενής).

Son realidades distintas u opuestas una a la otra.

- Justo, Injusto
- Demandado, Demandante
- Testigo a favor, Testigo en contra
- Corrupto, Integro
- Legal, Illegal
- Sentencia favorable, Sentencia desfavorable
- Prisión, Libertad
- Agresor, Agredido

HOMOGÉNEO. (Del b. lat. homogenēus, y este del gr. ὁμογενής).

Guardan una relación en común.

- Código civil, código penal
- Abogado, Juez
- Reo, Acusado
- Veredicto, Sentencia
- Tratado, Ley
- Poder Ejecutivo, Poder Legislativo

- Congresista, Presidente
- Derecho Natural, Derecho Positivo
- Indulto, Amnistía

HIPÓTESIS. (Del lat. *hypothēsis*, y este del gr. *ὑπόθεσις*).

Suposición de algo posible o imposible para sacar de ello una consecuencia.

GRASSEAU comenta: que la hipótesis es la suposición de una verdad que aún no se ha establecido, es decir, una conjetura que se hace sobre la realidad que aún no se conoce y que se ha formulado precisamente con el objeto de llegar a conocerla.

Sin embargo, TAMAYO nos dice: la hipótesis es una proposición para responder tentativamente a un problema; indica por lo tanto qué estamos buscando, va siempre hacia adelante; es una proposición que puede ser puesta a prueba para determinar su validez. En ese sentido, podríamos decir que la hipótesis es una explicación anticipada que nos permite acercarnos a la realidad, la misma que se expresa como una proposición verificable, que establece relaciones entre hechos. Debemos destacar, que las hipótesis no necesariamente son verdaderas, pueden o no serlo, y pueden o no comprobarse con datos. Son explicaciones tentativas, no los hechos en sí. De modo que el investigador, al formularlas no está totalmente seguro de que vayan a comprobarse. La hipótesis planteada podrá ser aprobada o rechazada.

INTERPRETACIÓN. (Del lat. *interpretatio*, -ōnis).

La interpretación judicial es el proceso o actividad para descubrir o atribuir significado y así decidir el alcance, sentido, contenido e implicación de un texto legal, con el fin de que pueda ser aplicado a casos concretos y, sobre todo, para precisar qué

circunstancias encuadran, son subsumibles o quedan excluidas de él. En ese contexto, los casos problema imponen una doble interpretación: tanto del texto del precepto como de las circunstancias, prácticas o conductas determinantes de la litis que han de ser reguladas, pero de acuerdo a parámetros o reglas propias de su naturaleza, esencia o sustancia.

El anterior concepto lo encontramos en la siguiente Tesis.-

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXXI, Marzo de 2010

Materia(s): Común

Tesis: I.4o.A.89 K, Página: 3003

IUSNATURALISMO.

Para el iusnaturalismo tradicional, por encima del derecho positivo, imperfecto y mutable, hay un derecho natural de carácter universal, el cual constituye el auténtico derecho; el primero solo podrá ser considerado como derecho válido en la medida que se adecue a dicho derecho natural.

JUSTICIA. (Del lat. iustitia).

Una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece.

MORAL. (Del lat. moralis).

Perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia.

Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano.

MOTIVACIÓN.

La garantía de legalidad consagrada en el Artículo 16 de nuestra Carta Magna, establece que todo acto de autoridad precisa encontrarse debidamente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero la obligación de la autoridad que lo emite, para citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada; y por lo segundo, que exprese una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el por qué considero que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa.

Jurisprudencia y Tesis Aislada: 8ª Época

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Amparo en Revisión 220/93. Enrique Crisostomo Rosado y otro. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Manuel Patiño Vallejo. Secretario: Francisco Fong Hernández. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época.

Tomo XIV. Noviembre de 1994. Página 450.

NEOCONSTITUCIONALISMO.

Surge entre los siglos XVII y XVIII, teniendo como marco Inglaterra, y las revoluciones Francesa y Americana, lo que dio como consecuencia, la existencia de nuevos modelos de organización política del Estado, cuyo sustento se funda en la “división de poderes y en la defensa de los derechos del hombre”, así, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se sostiene que una sociedad que no tiene como premisas la División de Poderes y la garantía de los Derechos del Hombre, no cuenta con una Constitución.

PARADIGMA. (Del lat. paradigma, y este del gr. παράδειγμα).

Un paradigma es el resultado de los usos, y costumbres, de creencias establecidas de verdades a medias; un paradigma es ley, hasta que es desbancado por otro nuevo.

PONDERACIÓN. (Del lat. ponderatĭo, -ōnis).

La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos, así como, los principios o razones que jueguen en sentidos contrarios. La ponderación es solamente una estructura, la cual forma lo que ya explicamos como principio de colisión, sus elementos son:

1.- *La ley de la ponderación*—> “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”

2.- *La fórmula del peso* —> Se mide el peso en abstracto de cada uno de los principios y luego con las particularidades del caso concreto.

3.- *Las cargas de argumentación*—> Operan cuando existe un empate entre los valores de la aplicación de la fórmula del peso.

Se rige por ciertas reglas, que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad.

POSITIVISMO.

Sistema filosófico que admite únicamente el método experimental y rechaza toda noción a priori y todo concepto universal y absoluto.

RAZÓN. (Del lat. *ratio*, -*ōnis*).

Justicia, rectitud en las operaciones, o derecho para ejecutarlas.

RETÓRICA. (Del lat. *retorica*, y este del gr. *ῥητορική*).

Arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover.

SEMÁNTICA.

Es una duda lingüística resuelta por medio de las reglas Lingüísticas.

FORMA DE RESOLVER LA DUDA LINGÜÍSTICA:

1. Acudiendo al uso del lenguaje, pero ¿cuál?:

- a) El ordinario, el común de las palabras.
- b) El técnico-jurídico o tecnificado en el contexto jurídico.

2. Acudiendo a las reglas gramaticales del lenguaje.

El concepto anterior, se plasmó durante el Curso de Formación Inicial de Proyectistas, del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, por el maestro Salvador Alejandro Pérez Contreras, durante el módulo denominado La Hermenéutica Jurídica.

SEMIÓTICA. (Del gr. σημειωτική).

El diccionario D´Eguilles, nos dice que la semiótica, aplicada al estudio del derecho, es la pluralidad de ls orientaciones precedentes que determina la coexistencia de por lo menos dos tipos principales de “semióticas jurídicas”, una orientada hacia la formalización lógica de las proposiciones o enunciados relevantes del derecho; la otra, ligada a la construcción de una gramática del derecho en tanto que conjunto de reglas que rigen la producción y la interpretación de los discursos y de las practicas sociales con valor “jurídico”.

SENTENCIAS. (Del lat. sententia).

Aquella en que el juzgador, concluido el juicio, resuelve finalmente sobre el asunto principal, declarando, condenando o absolviendo.

STATUS QUO. (Del lat.; literalmente, 'en el estado en que').

Estado en que se encuentra", o "en el mismo estado", o "en estado quieto.

TELEOLÓGICO.

Justifica atribuir a una disposición el significado que se corresponda con la finalidad del precepto, por entenderse que la norma es un medio para alcanzar un fin. Su fundamento es la idea de que el legislador está provisto de unos fines de los que la norma es un medio, por lo que la interpretación debe tener en cuenta esos fines.

Tipos de finalidad que actúan en el argumento:

- a) El fin del precepto concreto objeto de interpretación.
- b) El fin general de la materia regulada.
- c) Los fines genérico del Derecho.
- d) Los fines de la sociedad.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

En los tres tópicos que se siguen, se hace el esfuerzo de reconstruir, de manera objetiva, la trayectoria hecha por el Derecho Constitucional en las últimas décadas, tanto en Europa como en Brasil, tomando en consideración tres marcos fundamentales: el histórico, el filosófico y el teórico. En dichos marcos están delineados las ideas y los cambios de paradigma que han sensibilizado la doctrina y la jurisprudencia en ese periodo, generando una nueva percepción de la Constitución y de su papel en la interpretación jurídica de una manera general.

1.1. MARCO HISTÓRICO

La reconstitucionalización de Europa, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial y a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, redefinió el lugar ocupado por la Constitución y también la influencia del Derecho Constitucional sobre las instituciones contemporáneas. La creciente aproximación de las ideas del constitucionalismo con los ideales democráticos producirán una nueva forma de organización política, que podrá ser denominada por diversos nombres: Estado Democrático de Derecho, Estado Constitucional de Derecho, Estado Constitucional

Democrático. Sería mala inversión de tiempo y de energía especular sobre las sutilezas semánticas en relación a esa materia.

La principal referencia al desarrollo del nuevo Derecho Constitucional es la Ley Fundamental de Bonn (Constitución Alemana)¹² de 1949, y, en especial, el surgimiento del Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951. A partir de ese momento hubo una fecunda producción teórica y jurisprudencial, responsable por el ascenso científico del Derecho Constitucional en el ámbito de los países de tradición romano-germánica. La segunda referencia que merece ser destacada es la Constitución de Italia, de 1947, y el posterior surgimiento de su Corte Constitucional, en 1956. A lo largo de la década de los setenta, la redemocratización y la reconstitucionalización de Portugal (1976) y de España (1978) añadieron valor y sustancia al debate acerca del nuevo derecho constitucional.

1.2. MARCO FILOSÓFICO

El marco filosófico del nuevo Derecho Constitucional es el pospositivismo. El debate acerca de su caracterización se ubica en la unión de las dos grandes corrientes del pensamiento que ofrecen paradigmas opuestos para el derecho: el *iusnaturalismo* y el *positivismo*. Opuestos, pero en ocasiones, singularmente complementarios. El panorama actual esta marcado por la superación, o, quizás,

¹² La Constitución Alemana, promulgada en 1949, tiene la designación originaria de “*Ley Fundamental*”, que señalaba su carácter provisorio, concebida para una fase de transición. La Constitución definitiva solamente debería ser ratificada después de que el país recuperase su unidad. El 31 de Agosto de 1990 fue firmado el Tratado de Unificación que regulo la adhesión de la Republica Democrática Alemana (RDA) a la Republica Federal de Alemania (RFA); sin embargo, después de la unificación no ha sido promulgada una nueva Constitución, desde el 3 de Octubre de 1990 la Ley Fundamental esta vigente en toda Alemania.

sublimación de los modelos en su forma pura y sustituidos por un conjunto difuso y amplio de ideas, agrupadas por la denominación genérica de post-positivismo.¹³

El iusnaturalismo moderno, desarrollado a partir del siglo XVI, hizo la aproximación entre la ley y la razón y se transformo en la filosofía natural del derecho. Fundado en la concepción de principios de justicia con validez universal, se transformo en el combustible de las revoluciones liberales y llego a su apogeo con las Constituciones escritas y con la codificación. Considerado como metafísico y no científico, el derecho natural fue echado al margen de la historia en razón de la ascensión del positivismo jurídico, a fines del siglo XX. En busca de la objetividad científica, el positivismo empezó a equiparar derecho y ley, ubicándose lejos de la filosofía y de temas como la legitimidad y la justicia, y logro dominar el pensamiento jurídico de la primera mitad del siglo XX. Su decadencia esta emblemáticamente relacionada con la derrota del fascismo en Italia y del nazismo en Alemania, regímenes que promovieron la barbarie basándose en la protección conferida por la legalidad.

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, la ética y los valores volvieron al derecho.¹⁴ La superación histórica del iusnaturalismo y el fracaso político del

¹³ Autores precursores en ese debate fueron: RAWLS, John, *A Theory of Justice*, 1980; DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 1977; ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993. "En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar post positivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas... Denominaré post positivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política", véase CALSAMIGLIA Albert, "Postpositivismo", *Doxa*, 21:209, 1998, p. 209.

positivismo llevaron a un proceso amplio y todavía no acabado de reflexiones acerca del derecho, su función social y su interpretación. El post positivismo intenta ir mas allá de la legalidad estricta, pero no se olvida del derecho actual, intenta hacer una lectura moral del derecho, pero sin la necesidad de utilización de categorías metafísicas. La interpretación y aplicación del ordenamiento tendrán que inspirarse en una teoría de la justicia y no podrán aceptar activismos o personalismos, en especial los judiciales. En ese conjunto de ideas ricas y distintas que procuran un hogar en dicho paradigma en construcción, se incluyen la atribución de normatividad a los principios y la definición de sus relaciones con los valores y las reglas, el resurgimiento de la razón práctica y de la argumentación jurídica, la formación de una nueva hermenéutica constitucional, el desarrollo de una teoría de Derechos Fundamentales basada en el fundamento de la dignidad humana. En ese ambiente, se promueve la reaproximación entre el derecho y la filosofía.¹⁵

1.3. MARCO TEÓRICO

En el plano teórico, tres grandes transformaciones modificaron el conocimiento convencional en relación a la aplicación del Derecho Constitucional: a) el reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución; b) la expansión de la

¹⁴ Para un estudio mas profundo del tema, con referencias bibliográficas, véase BARROSO Luis Roberto, *“Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro”*, Temas de direito constitucional, t. III.

¹⁵ “Desde hace unos treinta años, se observa el retorno de los valores como el camino para la superación del positivismo. A partir de lo que se ha establecido llamar la ((virada kantiana)) (kantische Wende), es decir, la vuelta de la influencia de Kant, ocurrió la reaproximación entre ética y derecho, con la fundamentación moral de los derechos humanos y con la búsqueda de la justicia basada en el imperativo categórico. El libro denominado *A Theory of Justice*, de John RAWLS, publicada en 1971, constituyo el certificado de renacimiento de esas ideas”. Véase LOBO Torres, Ricardo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. 2005. P.41.

jurisdicción constitucional, y c) el desarrollo de una nueva dogmática de la interpretación constitucional. Se sigue, entonces, un análisis singular de cada una de ellas:

1.3.1. La fuerza normativa de la Constitución.

Uno de los grandes cambios de paradigma que ocurrieron a lo largo del siglo XX fue la modificación del status de la norma constitucional, que empezó a ser considerada como norma jurídica. De esa manera, se superó el modelo existente en Europa hasta la mitad del siglo pasado, por lo cual la Constitución era comprendida como un documento esencialmente político, una invitación para que los poderes públicos efectivamente actuaran. La concretización de sus propuestas quedaba invariablemente vinculada a la actividad del legislador, a la discrecionalidad del administrador. Al Poder Judicial no se le reconocía un papel relevante en la realización práctica del contenido de la Constitución.

Con la reconstitucionalización acaecida después de la Segunda Guerra Mundial, dicho panorama empezó a modificarse. Inicialmente en Alemania,¹⁶ poco después, en Italia,¹⁷ y, más adelante, en Portugal¹⁸ y España.¹⁹ Actualmente, pasó a ser

¹⁶ Trabajo seminal en esa materia es el de HESSE, Konrad. *“La fuerza normativa de la Constitución”*. *Escritos de derecho constitucional*, 1983. El texto original alemán, correspondiente a su clase inaugural en la cátedra de la Universidad de Freiburg, es del año 1959. Existe una versión en portugués: *A força normativa da Constituição*, trad. De Gilmar FERREIRA Mendes, 1991.

¹⁷ Véase GUASTINI, Ricardo. *“La ((constitucionalización)) del ordenamiento jurídico”*. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2003.

¹⁸ Véase GOMEZ, Canotilho, J.J. y MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. 1991. Pp.43 y ss.

¹⁹ Sobre esa cuestión, en perspectiva general y acerca del caso específico de España, véase, respectivamente, dos preciosos trabajos de GARCIA de Enterría, Eduardo, *La Constitución como*

premisa del estudio de la Constitución el reconocimiento de su fuerza normativa, del carácter vinculatorio y obligatorio de sus disposiciones. Es decir, las normas constitucionales están investidas de plena eficacia, que es la característica de las normas jurídicas, y su no observancia ha de movilizar los mecanismos propios de coacción, o sea, de cumplimiento forzado. Se debe registrar, aun, que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial no eliminó las inevitables tensiones que se generan entre la pretensión de normatividad del Constituyente, por un lado, y, por otro, las circunstancias correlacionadas a la realidad fáctica y las eventuales resistencias del *status quo*.

La discusión acerca de la fuerza normativa de la Constitución solamente llegó a México, de manera sólida, a lo largo de la década de los ochenta, teniendo que afrontar las resistencias previsibles.²⁰ Más allá de las complejidades propias de la concretización de cualquier orden jurídico, nuestro país padecía las patologías crónicas, relacionadas al exceso de autoridad y a la insinceridad constitucional. No es novedad, por tanto, que las Constituciones, hayan sido, hasta entonces, instrumentos de reposición de promesas fluidas y destinadas a la mera función de aconsejar al legislador infra constitucional, sin aplicabilidades directa e inmediata.

norma y el Tribunal Constitucional, 1991, y la Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica, 2003.

²⁰ DA SILVA, José Alonso. *Escribió su celebre tesis Aplicabilidade das normas constitucionais*. 1968.

1.3.2. La expansión de la jurisdicción constitucional.

Antes de 1945, en la mayor parte de Europa tenía vigencia el modelo de supremacía del Poder Legislativo, en la línea de la doctrina inglesa de soberanía del Parlamento y de la concepción francesa de la ley como expresión de la voluntad general.

Sin embargo, a partir de fines de la década de los cuarenta, la nueva ola trajo no solamente nuevas Constituciones, sino también un nuevo modelo, inspirado en la experiencia estadounidense: la supremacía de la Constitución.

La fórmula involucraba la constitucionalización de los Derechos Fundamentales, que así quedaban ajenos al proceso político mayoritario: su protección empezaba a ser responsabilidad del Poder Judicial. Varios países europeos empezaron a adoptar un modelo propio de control de constitucionalidad, asociado a la creación de los Tribunales Constitucionales. Así ocurrió, inicialmente, en Alemania (1951) y en Italia (1956), como se ha señalado anteriormente. Inmediatamente, el modelo de los Tribunales Constitucionales se expandió por toda la Europa continental, la tendencia continuó con Chipre (1960) y Turquía (1961). En el flujo de la democratización ocurrida en la década de los setenta, fueron instituidos Tribunales Constitucionales en Grecia (1975), España (1978), Portugal (1982), y también en Bélgica (1984). En los últimos años del siglo XX, fueron creadas Cortes Constitucionales en los países del este de Europa, como, por ejemplo, en Polonia (1986), Hungría (1990), Rusia (1991),

Republica Checa (1992) y Eslovenia (1993). Lo mismo sucedió en los países africanos, como Argelia (1989), Sudáfrica (1996) y Mozambique (2003). Actualmente, en Europa, además del Reino Unido, solamente Holanda y Luxemburgo siguen manteniendo el modelo de la Supremacía Parlamentaria, sin la adopción de cualquier modalidad de *judicial review*. El caso francés será objeto de una mención específica mas adelante.

1.3.3. El Neoconstitucionalismo

Como señala Paolo COMANDUCCI,²¹ el neoconstitucionalismo es —aquí COMANDUCCI sigue la clásica división de BOBBIO— tanto una ideología, una metodología y una teoría. Una ideología que pone en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, que fue el punto del paleo-constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, y pone en primer plano el objetivo de garantizar plena y extensivamente los Derechos Humanos; ciertas vertientes del neoconstitucionalismo basan todo el ordenamiento jurídico en la garantía de los derechos, como es el caso de FERRAJOLI o ALEXY. Una metodología porque sostiene que los principios constitucionales y los Derechos Fundamentales son un puente entre el derecho y la moral, sobre todo la visión de DWORKIN.²² Y es una teoría porque al abandonar el estatismo, el legicentrismo y el formalismo

²¹ COMANDUCCI, Paolo. “*Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*”. CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid. Trotta. 2003. P. 83.

²² DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. cit., nota 31; id., *El imperio de la justicia*. cit., nota 31.

interpretativo adopta un modelo no sólo descriptivo de la norma constitucional sino axiológico.

El neoconstitucionalismo tiene muchas vertientes y énfasis entre los autores. PRIETO SANCHÍS ha tratado de resumir sus principales características:

Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe. **Segundo**, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no es sólo una norma, sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario. **Tercero**, eficacia o aplicación directa. Es consecuencia de lo anterior, pues si la Constitución es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere la disposición de ningún otro acto jurídico —singularmente de una ley— para desplegar su fuerza vinculante; por eso, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligada.

Cuarto, garantía judicial. Como sabemos, las posibilidades son muy amplias: control concreto y abstracto, a priori o a posteriori, encomendado a órganos especiales o a los Jueces ordinarios. Pues bien, con independencia de que resulten viables distintas formas de articulación, creo que un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los Jueces

ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico, incluida por tanto la Constitución. **Quinto**, presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también, con las modulaciones que requieran y que nacen de la propia Constitución, en sus relaciones sociales horizontales de derecho privado; contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación en los casos concretos, Y en **sexto y último lugar**, la rigidez constitucional. No cabe duda de que el constitucionalismo resulta tanto más fuerte cuanto más costosa es la alteración del texto, cuanto más inaccesible se muestre frente a las mayorías legislativas.²³

El modelo neoconstitucionalista es algo más que una superación o evolución del constitucionalismo traidiconal, es una visión que impacta la vivencia del derecho. La Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho, sino mediante la ponderación; la Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente

²³ PRIETO Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid. Trotta. 2003. Pp. 116 y 117. Véase también, GUASTINI, Riccardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismos*. cit., nota 49. Pp. 43-73.

opuestos. El neoconstitucionalismo concibe al Juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley.²⁴ El concepto de soberanía no recae sólo en el Estado sino en una sociedad plural y abierta. La Constitución no es sólo un documento normativo en el que se apoyan las autoridades sino el centro en lo que todo debe converger.

Desde el plano de la argumentación, debe decirse que el viejo positivismo es una teoría sin argumentación, por eso los problemas de indeterminación de reglas se resuelven en la discrecionalidad judicial. En cambio, en el neoconstitucionalismo la presencia de normas sustantivas en la Constitución obligan al legislador a asumir una mayor determinación por más que se diga que los principios son vagos o indeterminados. Respecto al Juez, la vaguedad de los principios, la ausencia de una moral común y homogénea, y la falta de una jerarquía definitiva entre los principios, le exigen al órgano jurisdiccional un esfuerzo argumentativo justificatorio que no puede desembocar en una simple discrecionalidad como en el positivismo formal basado en reglas.

La aplicación del principio de proporcionalidad en la argumentación neoconstitucionalista abandona desde luego el puro esquema lógico-deductivo y requiere del Juez una racionalidad tanto teleológica como axiológica. Argumentar equivale a justificar, el neoconstitucionalismo obliga a niveles de mayor justificación. No basta ya acudir a razones exclusivamente formales —competencia del órgano y procedimiento— sino debe también acudirse a contenidos, fines y valores.

²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. Nota 44. Pp. 131-156.

El neoconstitucionalismo en sus muy variadas posiciones y a pesar de las críticas, impone una revisión a todo el modelo tradicional del derecho. A la teoría de las fuentes para que ésta sea menos estatista y legalista, a la clasificación de las normas jurídicas,²⁵ para las que aclare que no todas son reglas, y de manera obvia a la interpretación, que no puede concebirse sin una teoría de la argumentación. El neoconstitucionalismo es más que una corrección del Estado de derecho liberal,²⁶ es una concepción que recobra para la Constitución toda su fuerza normativa, y que hasta desde el punto de vista de la democracia, entiende que ésta no es sólo la expresión de la regla de las mayorías, sino también es, y de manera preponderante, la garantía más plena para los Derechos Fundamentales, tanto los de libertad como los económicos, sociales y culturales.

Al neoconstitucionalismo se le ha criticado porque algunas de sus vertientes señalan que la teoría jurídica no sólo es explicativa frente a su objeto sino también normativa,²⁷ postura que otros no comparten²⁸ porque advierten que el papel de la teoría jurídica es exclusivamente el de explicar y no el de criticar. Es decir, los críticos se oponen a la pretensión de intentar elaborar una teoría interna crítica con el derecho que denuncie la invalidez de los materiales normativos infraconstitucionales, prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales, y el colmar las lagunas.

²⁵ ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona. Ariel. 1996. Pp.1-25.

²⁶ PRIETO Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Cit., nota 51. P. 113.

²⁷ Es el caso, sobre todo, de la teoría de FERRAJOLI, respecto de la cual sus críticos han señalado que confunde ciencia jurídica con teoría jurídica; descripción con normatividad.

²⁸ COMANDUCCI, Paolo. Op. Cit. Nota 49.

No comparto el punto de vista de los críticos como COMANDUCCI. La teoría jurídica no puede ser neutral sobre su objeto. La teoría jurídica desde luego que puede no sólo explicar el derecho sino criticarlo, y me parece que en esto residiría su valor. Una teoría neutral conduce a la parálisis del derecho, garantiza el *statu quo*, y es incompatible con un sistema jurídico orientado hacia la preservación y garantía de los Derechos Humanos. El neoconstitucionalismo dejaría de ser lo que es si se adopta la posición de asepsia del viejo positivismo; perdería su capacidad transformadora del orden social, político y económico.

Sobre el carácter ideológico del neoconstitucionalismo, el mismo COMANDUCCI expone como principal punto débil de este nuevo modelo jurídico el que el derecho pierde certeza.²⁹ Mi réplica a COMANDUCCI implica que el derecho del neoconstitucionalismo aparentemente pierde certeza, sin embargo, como todo neoconstitucionalismo viene unido a una teoría de la argumentación, el derecho en lugar de perder certeza, la gana. El Juez del positivismo tradicional se conformaba, por lo menos en las versiones más canónicas, con utilizar el silogismo y la subsunción, lo que daba al derecho la apariencia de un uso racional y totalmente cierto y controlable.

Nada más falso, tanto en el positivismo viejo como en el de ahora; el Juez y la autoridad, en general, tienen que enfrentar variados problemas que generan casos difíciles: problemas de interpretación, de relevancia, de prueba y de calificación,³⁰

²⁹ Ibidem, P. 91.

³⁰ Véase MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Cit., nota 35.

entre otros. La certeza del paleopositivismo era ilusoria, y sólo cabe recordar cómo las posiciones de KELSEN o HART derivan en una fuerte discrecionalidad. El neoconstitucionalismo no se engaña, sabe que los casos difíciles están ahí, al igual que la colisión entre principios contrapuestos; reconoce esas circunstancias y obliga al juzgador y a toda autoridad a una argumentación suficiente que justifique las decisiones. La discrecionalidad judicial es controlada, no con una herramienta falsa e inadecuada, la subsunción y el silogismo para todos los casos, sino con argumentos diferentes que significan un mayor esfuerzo justificatorio, como es el caso del uso del principio de proporcionalidad.

Metodológicamente se dice que el neoconstitucionalismo conecta el derecho y la moral.³¹ Desde mi punto de vista sí existe esa conexión, pero ésta es inevitable. Los sistemas normativos están interrelacionados entre ellos. Lo importante no es que existan conexiones, lo relevante es que los problemas jurídicos se resuelvan aduciendo razones jurídicas, y pienso que el sistema jurídico abierto del neoconstitucionalismo hurga en el sistema jurídico, principios expresos e implícitos, para encontrar las soluciones. Aunque en última instancia toda norma, ya sea principio o regla, tenga un fundamento en la moral o en la naturaleza afectiva del ser humano,³² lo realmente trascendente consiste en que el Juez y la autoridad, al decidir lo hagan con fundamento en el ordenamiento jurídico. No se trata, como dicen algunos, de convertir en vinculante la moral positiva en el derecho, creo que eso

³¹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Cit. Nota 35.

³² MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Cit. Nota 35.

sería un error; en todo caso, si alguna moral debe ser incorporada al derecho es una moral crítica e intersubjetiva.³³

No se puede desconocer el papel de la moral en el derecho. Como dice Santiago SASTRE: "...Es innegable que la presencia de principios y derechos en la Constitución ha supuesto la plasmación jurídica de pautas que tienen indudablemente un carácter moral".³⁴ Autores como HABERMAS aluden a esta idea, la moral ha emigrado al derecho³⁵ sin agotarse en el derecho positivo. Ha pasado a primer plano la legitimidad de carácter jurídico que toma como criterio de enjuiciamiento de la Ley y del resto del ordenamiento el deber ser que fijan las normas constitucionales.³⁶

La ciencia jurídica del neoconstitucionalismo toma en cuenta la posición del participante para explicar el funcionamiento del derecho, y rompe, como ya se ha indicado, con la idea de neutralidad y la valoratividad del derecho,³⁷ lo que por otra parte no es posible, pues ninguna ciencia social puede tener la pretensión de un conocimiento sin ningún tipo de intervención y condicionamiento social o político. La teoría y la dogmática jurídica no pueden dedicarse sólo a describir las normas

³³ Véase MALEM, Jorge. "La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart", en VÁZQUEZ, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona. Gedisa. 1988. Pp. 59-79.

³⁴ SASTRE Ariza, Santiago. "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo". Neoconstitucionalismos. Cit., nota 49. P. 244. Véase, también, SASTRE Ariza, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid. McGraw-Hill. 1999.

³⁵ HABERMAS Jürgen. *Facticidad y validez*. Cit., nota 29. Pp. 868 y ss.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Cit. Nota 48. Pp. 851-903.

³⁷ COLEMAN J. L. y LEITER B. "Legal Positivism". PATTERSON D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford. Blackwell. 1996. P. 243.

jurídicas como sugirió Kelsen, tanto porque se conduciría a la irrelevancia del derecho, como porque toda teoría y ciencia jurídica deben tener en cuenta que a veces los contenidos más asépticos enmascaran la presencia de variadas formas de ideología. La tesis de la descripción suele ser un enmascaramiento del papel manipulador y de control que a veces desempeña el derecho.

Tampoco se trata de caer en un constitucionalismo iusnaturalista o ético. Lo que debe buscarse es un equilibrio entre el carácter ético del derecho y su práctica institucional y social. Como dice ATIENZA, advertir que "...la injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal..."³⁸ Teorías como la de FERRAJOLI o ZAGREBELSKY son reveladoras de esta tensión, y también son expresión de cómo se puede hacer crítica interna y externa al derecho sin asumir ni la neutralidad del positivismo ni la visión eticista fuerte de algunas versiones neoiusnaturalistas.

1.4. IUSNATURALISMO, REALISMO Y POSITIVISMO TRADICIONAL

Las distintas concepciones tradicionales sobre el derecho,³⁹ y aun las críticas,⁴⁰ producen maneras diferentes de entender el derecho, porque parten de presupuestos teóricos, metodológicos e ideológicos muy diversos.

³⁸ ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona. Ariel. 2002. P.311.

³⁹ REALE, Miguel. *Teoría tridimensional del derecho*. Madrid. Tecnos. 1997.

⁴⁰ LLEDO Pérez, Juan A. *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid. Tecnos. 1996.

Sería absurdo por pretencioso intentar analizar el derecho en toda su complejidad en cada una de estas concepciones. Procuraré rescatar para la argumentación algunas de sus propuestas, porque el debate jurídico de hoy en día no puede con total nitidez separar qué es un iusnaturalista, un realista y un positivista. El eclecticismo de la teoría jurídica contemporánea creo que así lo manifiesta.

La concepción iusnaturalista, en términos generales, sostiene: a) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de jurídicas si contradicen aquellos principios morales o de justicia.⁴¹ La definición de Nino expresa el iusnaturalismo ontológico, no el deontológico.

Las diversas posiciones iusnaturalistas a lo largo de veinticinco siglos de existencia han sufrido críticas demoledoras. Kelsen criticó que con el iusnaturalismo se pudiesen sustentar los juicios de valor más contradictorios, un instrumento para la consecución de intereses determinados.

⁴¹ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires. Astrea. 1980. Pp. 27 y ss.

1.5. EL NEOCONSTITUCIONALISMO SEGÚN MORESO

Según MORESO, algunos de los principales promotores de esta corriente (por ejemplo, FERRAJOLI y ZAGREBELSKY),⁴² entienden que en los sistemas democráticos de la actualidad, se produce una conexión necesaria entre derecho y moral, de forma que existe una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes con la misma, por lo que, este sentido, esta corriente puede ser considerada como una variante moderna del positivismo del siglo XIX, “...que predicaba la obligación moral de obedecer la Ley”.⁴³

Uno de los aspectos esenciales, también lo constituye que el neoconstitucionalismo se opone a la tesis de la discrecionalidad judicial, base del positivismo jurídico.⁴⁴

En resumen, puede contemplarse como una teoría del derecho preocupada porque los sistemas jurídicos de las democracias contemporáneas cuenten con una Constitución rígida, que se encuentre institucionalizado el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y que el texto constitucional cuente con fuerza vinculante (capacidad de generar efectos jurídicos).⁴⁵

⁴² Por cuestiones de orden en la exposición, demás de que para algunos tienen pequeñas diferencias con esta teoría, preferimos abordar antes a ALEXY y DWORKIN y darle un lugar específico a sus teorías, sin menoscabo de los autores a los que vamos a mencionar en este apartado, los cuales, dicho sea de paso, son dos (FERRAJOLI y ZAGREBELSKY) con los que mas nos identificamos.

⁴³ MORENO, José Juan. “*Comanducci sobre Neoconstitucionalismo*”. Op. cit. P. 272.

⁴⁴ PRIETO Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Op. Cit. P.42.

⁴⁵ MORENO, José Juan. “*Comanducci sobre Neoconstitucionalismo*”. Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho. ITAM-Fontamara. México. Numero 19. Octubre de 2003. Pp. 271-272.

1.6. LUIGI FERRAJOLI

FERRAJOLI considera que hay una crisis total de los Estados nación que ha derivado en un cambio de paradigma en el Derecho Internacional y en la estructura de los derechos de los Estados y pone en duda el significado tradicional de Soberanía (completa independencia de un Estado respecto de vínculos internos y externos) y de ciudadanía (pertenencia de una sujeto a una comunidad política), los cuales "...continúan informando las relaciones de cohabitación y conflicto, inclusión y exclusión, que existen entre los Estados y entre los pueblos y las personas. No obstante, ambas nociones no sólo han perdido mucho de su efectividad y legitimidad como medios para proporcionar paz interna e integración política y para garantizar Derechos Fundamentales, sino que además están reñidas con lo que llamaré el paradigma constitucional que informa tanto la idea de *Reechstaat* como el actual entendimiento del Derecho Internacional".⁴⁶

Según el, se presentan varias antinomias, de las cuales mencionaremos algunas, la primera entre soberanía y derecho público interno, en virtud de que mientras el Estado nación "...se basaba internamente en la sujeción de todos los poderes públicos al Estado de derecho y a la representación popular, en sus relaciones externás se mantenía libre de todo límite legal. Los dos procesos fueron simultáneos y estaban paradójicamente conectados.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *"Más Allá de la Soberanía y la Ciudadanía: Un Constitucionalismo Global". Estado constitucional y globalización.* Compilado por Miguel CARBONELL y Rodolfo VÁZQUEZ. UNAM-Porrúa. México. 2001. P. 313.

El Estado sometido a derecho en lo interno y el Estado absoluto en lo externo crecieron juntos, mas limitaba su soberanía interna y ganaba en legitimidad imponiendo sobre sí esos límites más absoluta y legítima se volvía su soberanía externa con respecto a otros Estados... mientras el Estado más se desarrollaba como un ordenamiento jurídico, más se afirmaba a sí mismo como una entidad autosuficiente, identificada con el derecho pero, precisamente por esto, no sujeta al derecho”.⁴⁷

La segunda antinomia que FERRAJOLI menciona, se refiere a la contradicción que se ha dado respecto de los Derechos Humanos y su aplicación en las naciones a través de la ciudadanía, puesto que con la gran migración (que también es un derecho humano que da lugar a otros derechos) que se ha experimentado en los últimos tiempos, la ciudadanía se ha convertido en un prerequisite para entrar y residir en un país, creando diferentes clases de ciudadanía (ciudadanos, residentes, refugiados e ilegales), con diferentes derechos.⁴⁸

Considera que el principio de soberanía externa está reñido con la Carta de Naciones Unidas de 1945, al transformarse el sistema contractual bilateral y basado en la igualdad, en un verdadero orden jurídico de carácter supraestatal, que impone límites y reglas a la convivencia internacional.

⁴⁷ Idem, p. 316.

⁴⁸ Idem, pp. 316-317.

Asimismo, piensa que la idea de ciudadanía como presupuesto de los Derechos Humanos es contradictoria con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y los Tratados de 1966, ya que todo ser humano es de por sí sujeto del Derecho Internacional y por lo tanto, no sólo ciudadano de un Estado, sino de las comunidades regionales como la UE y globales como la ONU.⁴⁹

FERRAJOLI propone, ante la crisis de la soberanía, un constitucionalismo del Derecho Internacional que reconduzca al ámbito internacional los aspectos tradicionalmente estatales del constitucionalismo, de forma que no sólo se enuncien principios, sino que se otorguen garantías de su cumplimiento, lo que implica tanto someter a las trasnacionales, a las ONG'S,⁵⁰ y a todos los nuevos actores internacionales al orden jurídico, como fortalecer los mecanismos jurisdiccionales estatales como la Corte Internacional de Justicia, a la cual sugiere se le amplíen sus facultades para decidir respecto de constitucionalidad de las deliberaciones en la ONU, amenazas a la paz y violaciones de Derechos Humanos, ya no como arbitraje, sino como juicios vinculantes para los involucrados, que no opere *ex post*, sino permanentemente.⁵¹

Ante el avance de los procesos de integración internacional, y desplazarse la toma de decisión en materias como defensa o política monetaria, el considera que se

⁴⁹ Idem, pp. 317-318. ONU significa Organización de las Naciones Unidas. UE es la abreviación de Unión Europea.

⁵⁰ Abreviación de Organismo No Gubernamental.

⁵¹ Idem, pp. 317-321.

altera todo el sistema de fuentes del derecho y se debilita la autoridad de los Estados nación.

Pone el ejemplo de las fuentes de derecho europeo, que provienen, según él, de cuerpos que no están sujetos ni al control de los parlamentos nacionales, ni a límites constitucionales, con lo que se podría llegar a lo que el denomina un neoabsolutismo, por lo cual sugiere repensar el constitucionalismo a fin de diseñar en los niveles nacional y supranacional garantías de paz y Derechos Humanos que controlen a las agencias supranacionales, en particular para la Unión Europea, que opera sin una Constitución, aún cuando cuenta con un “Parlamento con funciones consultivas y de control, pero no legislativas; un Consejo de Ministros con funciones normativas, pero libre de control parlamentario; una Comisión con funciones administrativas, pero ampliamente independientes de aquellas del Consejo; y una Corte de Justicia con muchas, aunque en gran medida irrelevantes competencias. El único fundamento democrático de unidad y cohesión en un sistema político es su Constitución y el tipo de lealtad que ella puede generar el futuro de Europa como entidad política depende en gran medida del desarrollo de un proceso constituyente abierto a debate público, dirigido a diseñar una Constitución europea”.⁵²

Para FERRAJOLI, el constitucionalismo rígido, al conferir carácter normativo a los Derechos Fundamentales, ha introducido todo un sistema de límites y vínculos para la legislación y es el fundamento del modelo garantista, que se caracteriza por

⁵² Idem, pp. 320-321.

un cambio estructural de doble vertiente: tanto en el derecho como en la democracia, al insertarles a ambos una nueva dimensión sustancial que hace del Estado constitucional de derecho la culminación de un laborioso proceso de erosión del viejo concepto de soberanía en el ámbito interno de los Estados y se traduce en el imperativo jurídico de sujeción de toda forma de poder al derecho, ya no solo en el plano de los procedimientos sino también en el del contenido de las decisiones.⁵³

Al respecto, la siguiente Tesis de la Suprema Corte de Justicia en México, establece lo siguiente:

Tipo de documento: Jurisprudencia

Décima época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: Libro XX, Mayo de 2013

Página: 1221

DERECHOS FUNDAMENTALES. CUANDO DE MANERA SUFICIENTE SE ENCUENTRAN PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SE TORNA INNECESARIO EN INTERPRETACIÓN CONFORME ACUDIR Y APLICAR LA NORMA CONTENIDA EN TRATADO O CONVENCION INTERNACIONAL, EN TANTO EL ORDEN JURÍDICO EN SU FUENTE INTERNA ES SUFICIENTE PARA ESTABLECER EL SENTIDO PROTECTOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL RESPECTIVO. Acorde a lo dispuesto por el artículo 1o. de la Carta Magna, en reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, vigente a partir del día siguiente, en sus dos primeros párrafos se establece que en los Estados Unidos

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Traducción Perfecto Andrés IBÁÑEZ y Andrea GREPPI. Tercera edición. Trotta. Madrid. 2002. Contraportada.

Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece; en forma adicional se determina que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán "conforme" a esa norma fundamental y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a la persona en su protección más amplia. De este modo, el referido método de "interpretación conforme" entraña que los derechos fundamentales positivizados en los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalecen respecto de las normas del orden jurídico de fuente interna si contienen disposiciones más favorables al goce y ejercicio de esos derechos, lo cual lleva a establecer que la obligación del Estado Mexicano se refiere no sólo a garantizar el ejercicio de los derechos humanos enumerados en la Constitución, sino también los contenidos en esos instrumentos internacionales, cuyo conjunto puede considerarse integra un bloque unitario de protección. Sin embargo, la aplicación del principio pro persona no puede servir como fundamento para aplicar en forma directa los derechos fundamentales contemplados en los tratados internacionales, no obstante que el derecho internacional convencional sea una fuente del derecho constitucional de carácter obligatorio, toda vez que tal principio constituye propiamente un instrumento de selección que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos contenidos en dos o más normas que regulan o restringen el derecho de manera diversa, a efecto de elegir cuál será la aplicable en el caso concreto, lo que, por un lado, permite definir la plataforma de interpretación de los

derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, en tanto la existencia de varias posibles soluciones a un mismo problema obliga a optar por aquella que protege en términos más amplios, lo que implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho de la manera más extensiva en detrimento del precepto más restrictivo. Bajo esa premisa, cabe decir que si el derecho fundamental cuestionado se encuentra previsto tanto en la Constitución de la República como en los instrumentos de carácter internacional, a lo que se adiciona que los principios y lineamientos en los que se apoya ese derecho se retoman y regulan en idéntico ámbito material de protección a nivel interno, por ende, ello hace innecesario aplicar la norma de fuente internacional cuando la de origen interno es constitucionalmente suficiente para establecer un sentido protector del derecho fundamental respectivo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 421/2011. 4 de enero de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Venancio Pineda. Secretario: Porfirio Mauricio Nieves Ramírez.

Amparo directo 422/2011. 4 de enero de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Venancio Pineda. Secretario: Porfirio Mauricio Nieves Ramírez.

Amparo directo 476/2011. 4 de enero de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Venancio Pineda. Secretario: Porfirio Mauricio Nieves Ramírez.

Amparo directo 38/2012. 4 de enero de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Venancio Pineda. Secretario: Porfirio Mauricio Nieves Ramírez.

Amparo directo 47/2012. 4 de enero de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Venancio Pineda. Secretario: Porfirio Mauricio Nieves Ramírez.

Nota: En relación con el alcance de la presente tesis, destaca la diversa jurisprudencial 2a./J. 172/2012 (10a.), de rubro: "DERECHOS HUMANOS. SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL,

PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS." que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVII, Tomo 2, febrero de 2013, página 1049.

Se puede apreciar en este autor un fuerte contenido práctico: el Derecho no siempre puede actuar de acuerdo con el principio de la neutralidad y, cuando no lo hace, debe desempeñar una función garantista en relación con el Derecho, debe hacer crítica interna y externa.

La *interna*, relacionada con las normas constitucionales, implica advertir y proponer medidas para colmar las lagunas y solucionar las antinomias, es decir, resolver las irregularidades del Sistema Jurídico. Significa que tiene que hacer todo lo posible para que exista la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad. La externa o política proviene de la moralidad, en cuanto ésta última constituye el parámetro para el enjuiciamiento, recalca el carácter instrumental del Estado y del derecho en relación con ciertos fines específicos identificados con los Derechos Fundamentales, que nunca podrán ser plenamente realizados.

Al respecto, veamos la siguiente Tesis Aislada sobre Derechos Humanos, de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos:

Tipo de documento: Tesis aislada

Décima época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: Libro XXI, Junio de 2013

Página: 602

DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos los Estados, históricamente, son los principales responsables de velar por que los derechos humanos de los ciudadanos sujetos a su soberanía sean respetados cabalmente en su espacio territorial, de donde se infiere la fórmula tradicional de que el ámbito internacional de protección tiene solamente una función "complementaria". Esto es, la efectividad de un convenio internacional radica en que los propios Estados parte actúen de buena fe y que, voluntariamente, acepten cumplir los compromisos adquiridos frente a la comunidad internacional, en el caso concreto, los relativos a la protección y/o defensa de los derechos humanos de sus gobernados. Esta afirmación se conoce con el aforismo *pacta sunt servanda* -locución latina que se traduce como "lo pactado obliga"-, que expresa que toda convención debe cumplirse fielmente por las partes de acuerdo con lo estipulado y en términos del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ahora bien, de la interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se advierte que tanto la Constitución como los referidos tratados internacionales son normas de la unidad del Estado Federal cuya observancia es obligatoria para todas las autoridades, por lo que resulta lógico y jurídico que dichos instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por nuestro país, con énfasis prioritario para aquellos vinculados con derechos humanos, como lo es la

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), sean de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011. Sobre el particular, destaca que la razón por la cual se modificó nuestro marco constitucional en junio de 2011, no fue para tornar "exigibles" a cargo de nuestras autoridades estatales la observancia de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, toda vez que, se reitera, dicha obligación ya se encontraba expresamente prevista tanto a nivel constitucional (artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), como a nivel jurisprudencial; así, como esta Primera Sala ha sustentado en diversos precedentes, dicha reforma, entre otros objetivos, tuvo la inherente finalidad de fortalecer el compromiso del Estado mexicano respecto a la observancia, respeto, promoción y prevención en materia de derechos humanos, así como de ampliar y facilitar su justiciabilidad en cada caso concreto, a través del denominado sistema de control convencional.

Amparo directo en revisión 3664/2012. 13 de marzo de 2013. Mayoría de tres votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: José Díaz de León Cruz.

Aquí su teoría, el Garantismo, sugiere no identificar la justicia con la Constitución y proponer alternativas o técnicas de garantías para lograr un mejor diseño legal para que se pueda extender el modelo jurídico del garantismo a todos los derechos, no sólo a los de libertad sino también a los sociales, (que son los derechos que él califica de "caros"), y a todos los poderes, no sólo a los públicos sino también a los

privados, en todos los planos, incluyendo al Derecho interno en todos sus niveles y al internacional.⁵⁴

Garantismo, para él, tiene tres acepciones diversas pero relacionadas entre sí: como Modelo Normativo de Derecho, en referencia al modelo de estricta legalidad y seguridad jurídica propio de todo estado de derecho; como Teoría Jurídica de la validez y efectividad que separa el ser y el deber ser en el Derecho, privilegiando una visión realista del derecho buscando su funcionamiento efectivo, desde una perspectiva que busca evidenciar las antinomias del derecho positivo vigente, invitando a la duda y estimulando la crítica respecto de la validez de la ley y de su aplicación; y como Filosofía Política que impone al Derecho y al estado la carga de justificar externamente sus decisiones, conforme a los bienes e intereses "...cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos".⁵⁵

De hecho, su teoría garantista toma su nombre del verbo garantizar, que significa proteger o tutelar algo, que en este contexto se refiere a derechos subjetivos o bienes individuales, por lo cual se trata de una teoría que postula la idea de un derecho que establece instrumentos para defender los derechos de los individuos frente o su eventual agresión por parte de otros individuos y en particular, por parte del Estado.

⁵⁴ SASTRE Ariza, Santiago. *"La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo"*. CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta. Madrid. 2003.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto BOBBIO. 4ª ed. Trotta. Valladolid. 2000. P. 853. Cfr. 851-855.

Los instrumentos que establece son las garantías, es decir, los límites y vínculos que se imponen al poder para que se maximice la realización de los derechos y se minimicen las amenazas en contra de éstos. “El garantismo se vincula así al concepto de Estado de derecho, en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder”.⁵⁶

Las tres acepciones que mencionamos, a su parecer tienen un alcance general que vale no sólo en el derecho penal, sino en todo el ordenamiento, lo que permite elaborar modelos garantistas en todas las ramas del derecho, por ejemplo, en la administrativa, por lo que su modelo aporta instrumentos para el análisis científico y la crítica de lagunas y antinomias.⁵⁷

FERRAJOLI piensa que “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley,... sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución...la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad...ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución... siempre remitida a la valoración del juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos,...compatibles con las normas constitucionales...y con los Derechos Fundamentales establecidos por las mismas. Esto es la “jurisprudencia alternativa: una interpretación de la ley conforme a la Constitución en la que el juez tiene el deber de cuestionar la validez constitucional, sin sujetarse a la ley en forma acrítica e

⁵⁶ GASCÓC Abellán, Marina. “*El Papel del Juez en el Estado de Derecho*”. En Añón Roig, María José. *Teoría del razonamiento y la argumentación jurídica*. Universidad de Valencia. Valencia. 2004. P. 8.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. teoría del garantismo penal*. Op. cit. P. 854. Pp. 851-892.

incondicionada, sino sujeto ante todo a la Constitución,... que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad”.⁵⁸

Con esto, el Juez asume un papel de garante de los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución, porque sobre ellos se asienta la democracia sustancial y están garantizados a todos y a cada uno de los ciudadanos sin condicionamiento alguno, incluso contra la mayoría y “...sirven para fundar mejor la independencia del Poder Judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos, puesto que los Derechos Fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un Juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen...Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero.”⁵⁹

Como lo establece la siguiente Jurisprudencia en materia de Derechos Humanos, que a continuación veremos:

Tipo de documento: Jurisprudencia
Décima época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: Libro XX, Mayo de 2013
Página: 1093

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Op. cit. P. 26.

⁵⁹ Idem. Pp. 26-27.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. CUANDO LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO ADVIERTAN QUE EL RESPETO A LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE ACCESO A LA JUSTICIA, GARANTÍA DE AUDIENCIA Y TUTELA JURISDICCIONAL SE SUPEDITÓ A REQUISITOS INNECESARIOS, EXCESIVOS, CARENTES DE RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD, EN EJERCICIO DE AQUÉL, DEBEN ANALIZAR PREPONDERANTEMENTE TAL CIRCUNSTANCIA, AUN CUANDO NO EXISTA CONCEPTO DE VIOLACIÓN O AGRAVIO AL RESPECTO. De conformidad con los artículos 1o. y 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los órganos jurisdiccionales se encuentran legalmente vinculados a ejercer, ex officio, el control de convencionalidad en sede interna, lo cual implica la obligación de velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, sino también por los establecidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable conforme al principio pro persona. Así, deben proteger cabalmente, entre otros, los derechos y libertades de acceso a la justicia, garantía de audiencia y tutela jurisdiccional, acorde con los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los preceptos 14 y 17 de la Constitución General de la República. Ahora bien, si la tutela jurisdiccional se ha definido como el derecho de toda persona para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales para plantear sus pretensiones o defenderse de ellas, con el objeto de que mediante la sustanciación de un proceso donde se respeten ciertas formalidades se emita la resolución que decida la cuestión planteada y, en su caso, se ejecuten las decisiones, es evidente que el respeto a esos

derechos y libertades no debe supeditarse a requisitos innecesarios, excesivos, carentes de razonabilidad o proporcionalidad; por ello, cuando los Tribunales Colegiados de Circuito adviertan tal circunstancia, deben analizarla preponderantemente, en ejercicio del control de convencionalidad, con la finalidad de proteger y garantizar los derechos humanos, aun cuando no exista concepto de violación o agravio al respecto.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA SEGUNDA REGIÓN.

Amparo directo 334/2012, del índice del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito (expediente auxiliar 492/2012). Materias del Comercio Exterior, S.A. de C.V. 6 de julio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Moya Flores. Secretario: Guadalupe González Vargas.

Amparo directo 424/2012, del índice del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito (expediente auxiliar 693/2012). Distribuidora de Tiendas C.R., S.A. de C.V. 30 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Moya Flores. Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas.

Amparo directo 463/2012, del índice del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito (expediente auxiliar 719/2012). Servicios en Polietileno Excelente, S.A. de C.V. 30 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Mendoza Montes. Secretario: Hipólito Alatríste Pérez.

Amparo directo 468/2012, del índice del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito (expediente auxiliar 721/2012). Faske, S.A. de C.V. 6 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Myriam del Perpetuo Socorro Rodríguez Jara. Secretaria: Enriqueta Velasco Sánchez.

Amparo directo 506/2012, del índice del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito (expediente auxiliar 825/2012). 4 de octubre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Moya Flores. Secretario: Guadalupe González Vargas.

Tipo de documento: Tesis aislada
Décima época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: Libro XIX, Abril de 2013
Página: 2254

PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. El tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, entre otras cuestiones, que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. En relación con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso de la "Masacre de Mapiripán vs Colombia) ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ahí que dichos

derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible; por ello, la Norma Fundamental señala que ni aun en los estados de excepción se "suspenden", pues en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario; ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y iii) progresividad: constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 184/2012. Margarita Quezada Labra. 16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Aideé Pineda Núñez.

Es así, como FERRAJOLI insiste en una ciencia jurídica normativa. Es decir, está consciente de que la validez de las normas secundarias está condicionada a su conformidad con la Constitución, que concede determinados derechos y para cuyo disfrute se requiere de la promulgación de ciertas normas, sin las cuáles existe una laguna que debe ser denunciada por la ciencia jurídica.⁶⁰

Específicamente en materia penal, la cual preocupa específicamente a FERRAJOLI, la oposición entre garantismo y autoritarismo es equivalente a seleccionar entre “cognoscitivismo y decisionismo”, entre “prueba e inquisición”, entre “razón y voluntad” entre “verdad y potestad”, ya que para él, si no se juzga conforme al garantismo, es como si se juzgara sin verdad.⁶¹

En su obra hace un profundo desarrollo de la verdad procesal, sus problemas, su correspondencia con el concepto de “verdad Jurídica”, su decidibilidad, sus métodos de justificación y sus límites.⁶²

⁶⁰ MORESO, José Juan. “*Comanducci sobre neoconstitucionalismo*”. Op. cit. Pp. 269-271.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. “*Cognoscitivismo o decisionismo*”, *antología sobre argumentación e interpretación jurídica*. Volumen II. Serie verde. Metodología del trabajo judicial 3/2002. Instituto de la judicatura federal. Escuela judicial. México. 2002. Pp. 53-55.

⁶² Idem, pp. 55-85. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, teoría del garantismo penal. Op. cit.

1.7. GUSTAVO ZAGREBELSKY

Gustavo ZAGREBELSKY, gran constitucionalista de la Universidad de Turín, ha tenido una influencia preponderante en Teoría de la Interpretación, aborda el cambio que han sufrido los Estados nación, frente a la cada vez mayor presencia de diversas fuerzas políticas en la lucha por el poder, así como las sociedades plurales exigen nuevas formas de convivencia, basando su opinión en las relaciones, como el subtítulo de su obra sugiere, entre ley, derechos y justicia, y entre principios y reglas.⁶³

Para el Estado de Derecho (Rechtsstaat) de la Europa continental, el derecho tiene la forma de un sistema en el que a partir de premisas se extraen consecuencias, con un ideal de justicia abstracta que se puede descubrir por la razón y plasmar en normas, lo que lo aleja de los casos, mientras que para el *Rule of Law* anglosajón, el derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas y el estímulo para el desarrollo de la ciencia jurídica proviene de constatar la insuficiencia del derecho existente y de su injusticia en el caso concreto.⁶⁴

Aspecto fundamental de su obra, son las transformaciones que ha implicado el cambio del Estado de Derecho al Estado Constitucional, que también implica la necesidad de un cambio en la concepción de la ciencia jurídica.

⁶³ Para un buen resumen esquemático del Derecho Dúctil de ZAGREBELSKY, véase: CIENFUEGOS Salgado, David. “*El derecho dúctil. ley, derechos, justicia. Reseña*”. Revista del Instituto de la Judicatura Federal No. 6. Instituto de la Judicatura Federal. México. 2000. Pp. 365-372.

⁶⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Op. cit. P. 26.

Es un cambio en que no hay duda ya del principio de primacía de la Constitución y en el que se han incorporado a las constituciones una serie de principios que generan derechos y se ha pasado de un Estado de carácter “legislativo”, a uno de carácter Constitucional en que la Ley misma ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad.

Ante la heterogeneidad y lo cambiante de las situaciones, en que es imposible que se legisle para resolver todo lo que se presenta y menos aún para preverlo, la Ley, en un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo jurídico, es destronada por una instancia superior y cede el paso a la Constitución, que asume la tarea de mantener unidas y en paz sociedades enteras muy plurales y divididas en su interior, de forma tal que el legislador dejó de ser el “señor del Derecho” y “...la ley, un tiempo medida de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación”.⁶⁵

ZAGREBELSKY considera que la ciencia jurídica debe ser tanto práctica, como líquida. Práctica porque no debe atender al Derecho desde una racionalidad lógico-formal, ya que los principios exigen que se tengan en cuenta los contenidos y líquida porque la ciencia jurídica debe buscar que coexistan todos los valores y principios, de modo que “...debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten, los conceptos, mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque

⁶⁵ Idem, p. 40.

con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás”.⁶⁶

Para él, el derecho actual está compuesto de reglas y principios, los que nos aportan una única respuesta correcta. Las normas constitucionales sobre derechos y justicia son principios y las normas legislativas son reglas. Por ello, considera que distinguir principios de reglas es como distinguir a la Constitución de la Ley.

Además, apunta que, como resulta lógico, sólo los principios desempeñan un papel constitucional (constitutivo del orden jurídico) y las reglas aún cuando se establezcan por la propia Constitución se agotan en si mismas, es decir no tienen fuerza constitutiva fuera de lo que significan.

Las reglas, que nos dicen como debemos o no actuar en determinadas situaciones previstas por la norma, se obedecen; por lo tanto, sólo ellas se interpretan, mientras que a los principios se “presta adhesión”, puesto que directamente no nos dicen nada de cómo actuar, “...pero nos aportan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas”.⁶⁷

⁶⁶ Idem, pp. 17. Cfr. p. 123; y SASTRE Ariza, Santiago. “*La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*”. CARBONELL Miguel. Neconstitucionalismo(s). Trotta. Madrid. 2003. P. 257.

⁶⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Op. cit. P. 110.

Respecto de la interpretación, se niega a que sólo se contemplen la realidad o la norma en forma aislada, puesto que la norma debe orientarse al caso y el caso a la norma. Considerar sólo casos concretos da lugar a una casuística que resulta incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento y, por el contrario, considerar exclusivamente al ordenamiento conduce a una ciencia teórica, abstracta, formada exclusivamente por discursos sobre derecho, desconectados de los fenómenos que regula la norma, compuesta por una mera descripción sistemática de reglas desligadas de la realidad y por tanto, inútiles para alcanzar los fines del derecho. No debe haber exceso de concreción ni de abstracción, puesto que llevan a una mala interpretación.⁶⁸

ZAGREBELSKY considera a la interpretación del Derecho como una actividad práctica. En el caso de que en el derecho exista regulación sobre la interpretación, esas normas serán prioritarias respecto de las normas a interpretar. De la misma forma, considera que las reglas de interpretación se encuentran en el contexto social en el cual opera el intérprete. A la interpretación hay que percibirla, verla, con miras al ordenamiento jurídico, ya que tiene una naturaleza sistemática que no sólo es consecuencia necesaria del derecho como ordenamiento, sino que en el derecho italiano está prevista específicamente.⁶⁹

⁶⁸ Idem. Pp. 132-133.

⁶⁹ El artículo 12 del Código Civil Italiano, establece que si una norma, después de buscar la disposición precisa y aplicar la interpretación analógica continúa todavía en duda, deben aplicarse siguiendo los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Manuele..., op. cit. Pp. 71-77.

Como vemos, su teoría da un paso adelante en la aparente diferencia irreconciliable entre ambas posturas: la casuística y la normativa, para lo que aporta una definición que pretende conjugar ambas vertientes “hasta hacerlas coincidir en un resultado satisfactorio para ambas”, en la que el intérprete sirve a las dos y no a una de ellas. Para él, según “. . .la concepción práctica del Derecho. . .la interpretación es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento.⁷⁰

Según ÁLVAREZ, ZAGREBELSKY contempla dos reglas principales de interpretación: 1. La interpretación jurídica no se sustrae a las reglas que valen para la interpretación de la institución lingüística dentro de la cual opera, por lo cual no puede prescindir de las reglas gramaticales del lenguaje en que se traduce una norma jurídica, sobre todo en lo tocante a la sintaxis, pero además en virtud de que en derecho se maneja un lenguaje técnico, el intérprete debe estar atento tanto al sentido gramatical como al jurídico de los términos; y 2. La interpretación del Derecho está ligada a la posición institucional que asume el intérprete respecto de la fuente, es decir no es un legislador, sino un intérprete.⁷¹

En el proceso de interpretación, el caso “es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección”. Es decir, partiendo de ese caso el intérprete interroga al ordenamiento para obtener una respuesta y también a partir del caso busca las reglas y vuelve a él, en un “círculo interpretativo” que finaliza cuando se colman las

⁷⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Op. cit. P.133.

⁷¹ ALVAREZ Ledesma, Mario I. Introducción...., op.cit. P. 281. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale Di Diritto Cosntituzionale, il Sistema delle fonti del diritto*. Op. cit. Pp.71-72.

exigencias del caso y se satisfacen las pretensiones del ordenamiento. Si no se puede alcanzar este resultado, se afecta a la validez de la ley, ya que la voluntad de la ley sucumbe frente a la exigencia del caso en un juicio constitucional. El ordenamiento no ofrece una sola respuesta para regular el caso.⁷²

Incursiona ZAGREBELSKY en la discusión respecto de los métodos de interpretación que permiten acudir a los principios. Para él, no se puede olvidar que dada la naturaleza práctica de la ciencia jurídica, la influencia del caso (más evidente en los casos críticos, pero también presente en los de rutina) no se puede eliminar en un mundo plural y democrático como el actual, en que la novedad de los casos es cada vez mayor, dada la evolución de la ciencia, la técnica y la economía. De todo esto obtenemos dos aspectos esenciales de su teoría: dirigir la interpretación a la búsqueda de la regla adecuada al caso y la prioridad del caso concreto sobre la norma.⁷³

Efectivamente, esos son los aspectos fundamentales de su teoría, puesto que presenta muy fundadas dudas respecto de que todo lo pueda resolver el legislador. Es muy claro en su pensamiento que hay que dejar un espacio al Juez y que la ley no puede resolver absolutamente todo. De hecho considera ingenuo el volver la cabeza a la letra de la ley, que se llega a oponer a la evolución del derecho para preservar su certeza.

⁷² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Op. cit. Pp. 133-134.

⁷³ Idem. Pp. 144-146.

Lo anterior, se corrobora con sus propias palabras “En efecto, a quien observara que una actitud interpretativa más rigurosa podría frenar la fragmentación de la Jurisprudencia, se le podría contestar que ni siquiera conseguiría tanto el que parece el más seguro e incontestable de todos los criterios de interpretación, el literal (consistente en atribuir a la ley el significado que resulta de las palabras que el legislador ha empleado). Cuando existen distintos contextos de sentido y de valor, ni siquiera la letra es una garantía de certeza. El propio legislador incurre normalmente en este equívoco y, en el intento de hacer claro su pensamiento y su voluntad, abunda en palabras que deberían esclarecer el sentido de otras palabras, multiplicando así, en vez de reducir, las posibilidades interpretativas de su producto. De este modo, la mera exégesis de los textos resulta, al final, la más abierta de todas las interpretaciones”.⁷⁴

La razón de los efectos negativos en que se caería no es, para él, consecuencia de una mala disposición de los juristas, sino del agotamiento del cuadro de principios que comparte la sociedad, puesto que al faltar una única posibilidad de solución, la Jurisprudencia se fragmentará en diversos caminos, lo cual no es sino la consecuencia de la situación actual de los sistemas jurídicos.

Por ello, no considera a la certeza total como un objetivo realista ni deseable, puesto que pondría una carga muy difícil de llevar para el legislador, que tendría que modificar incesantemente las normas jurídicas. “La certeza descargaría sobre el

⁷⁴ Idem. Pp. 146-147.

legislador una tarea insoportable de incesante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de las Salas de los Tribunales y de los estudios de los juristas. Y ello sin tener en cuenta que muchos de los nuevos interrogantes planteados al derecho por el progreso tecnológico... quizás puedan encontrar de forma más adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial, en el que se confronten prudentemente los principios implicados, que en asambleas políticas, donde el recurso a los principios es con frecuencia un elemento partidista”.⁷⁵

ZAGREBELSKY, en cambio y como alternativa insiste en la posición que corresponde a los Magistrados Constitucionales de verdaderos intermediarios entre “. . . el Estado (como poder político-legislativo) y la sociedad (como sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales), que no tiene paralelo en ningún otro tipo de funcionarios públicos.”⁷⁶ En que se logren las expectativas sociales respecto de ellos.

Concluye ZAGREBELSKY en que el legislador se debe resignar a que sus leyes sean tratadas como “partes” del Derecho y no como “todo el Derecho”, ya que los jueces de hoy tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho, pero no se deben convertir en los señores del derecho que eran los legisladores del pasado, sino en los garantes de la “. . . necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar que. . . entre Estado constitucional y cualquier

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem. P. 149. El resaltado es nuestro.

‘señor del derecho’ hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos”.⁷⁷

1.8. TEORÍA DE CIPPITANI

Partiendo de los estudios de Greimas y Cataudela, este autor incursiona en la semiótica jurídica, que es el producto de una gramática y la manifestación de un universo semántico particular.⁷⁸

Hay que recordar que para algunos autores, la distinción entre semántica y semiótica es la clave para abordar el problema total del lenguaje. La semiótica es la ciencia de los signos, y RICOEUR (autor utilizado por el propio CIPPITANI), nos aclara que “...es formal en el mismo grado en que se apoya en la disociación del lenguaje en partes constitutivas. La semántica, la ciencia de la oración, está inmediatamente interesada por el concepto de significado (que en esta etapa se puede tomar como sinónimo de sentido...) al punto de que la semántica está fundamentalmente definida por los procedimientos integrantes del lenguaje”.⁷⁹

⁷⁷ Ibidem. P.153.

⁷⁸ GREIMAS, citado por CIPPITANI Roberto, *Il Diritto Diviso. Appunti per una semiotica dell'ordinamento-testo*. Cedam. Milán. 1998. P. 38.

⁷⁹ RICOEUR, Paul. Op. cit. Pp. 21-22. El resaltado es nuestro.

CIPPITANI da una particular importancia a los aspectos lingüísticos, los que analiza a profundidad. Inicia por analizar el concepto de norma, diciendo que no es posible identificar físicamente a la norma con la disposición.⁸⁰

Dedica una parte de su obra a la distinción entre interpretación literal y no literal y los principios que la inspiran, así como al contexto histórico y social y la interpretación teleológica y evolutiva, para luego estudiar las diferentes funciones de los signos utilizados por el legislador. Asimismo, analiza las conexiones como indicios del carácter prescriptivo del sentido.⁸¹

Un aspecto que le preocupa en especial es el sentido, “valor semántico del ordenamiento”,⁸² el cual se puede formular en modo diverso dependiendo de la exigencia comunicativa a través de todo el metalenguaje que lo actualiza. Lo que cambia es el modo con el cual se formula el metalenguaje, según sea la exigencia de que se atribuya sentido. Se puede formular el sentido con una sola palabra, lo importante es “no creer que el problema de la significación se limita a esa palabra”.⁸³

Para él, lo que se hace en interpretación es atribuir sentido y desarrolla toda una teoría en la que sostiene que como no existe límite jurídico o semiológico para la formulación de los textos jurídicos, el sentido puede articularse en modo diverso

⁸⁰ CIPPITANI, Roberto. Op. cit. P.19.

⁸¹ Cfr. Idem. Pp. 19-33.

⁸² Idem. P. 56.

⁸³ Cfr. Idem. Pp. 53-59. cita en la 57.

sobre el plano expresivo, de forma que la sustancia y la forma de esta expresión cambian si se analiza un sub-texto jurídico verbal de uno no verbal.⁸⁴

De hecho, siguiendo a MARCHESE, esquematiza el proceso de producción de signos o de significación de manera que tanto respecto del contenido como de la expresión, la sustancia se encuentra representada sobre la forma.⁸⁵

Parte de la idea de que el paradigma actual en torno a la interpretación jurídica se basa en la idea de la división. Se considera dividido el objeto de la interpretación: el ordenamiento jurídico, que aparece compuesto de tantos lenguajes dentro de su heterogeneidad.

Los valores semánticos que emergen de estos lenguajes son diferentes como lo son la letra y la intención. Se considera también dividido el método de la interpretación que procede a través de criterios diversos (cánones, métodos, etc.).

El paradigma de la división comporta diversos problemas sobre el plano teórico y sobre el práctico. Una posible vía para superar estos problemas y reducir la división es a través de los instrumentos conceptuales ofrecidos por la ciencia del campo lingüístico, en particular la semiótica textual.⁸⁶

⁸⁴ Cfr. Idem. Pp. 61-65.

⁸⁵ Cfr. Idem. P.65 nota 2.

⁸⁶ Idem. Contraportada.

CIPPITANI construye toda una teoría de la interpretación a partir de la semiótica, instrumento que le permite obtener un método de interpretación adecuado a la realidad que percibe.

1.9. ANGELES LÓPEZ:

Por su parte, Ángeles LÓPEZ Moreno, describe una teoría que denomina “la idea de una mezcla adecuada”, que muchos han esbozado, pero que, a nuestro juicio, ella es la que mejor expone y la cual consideramos que se acerca mucho a lo que sucede en la realidad, puesto que considera que, dado que la interpretación es un proceso complejo, donde no puede verse cada elemento por separado sino, en la terminología de DíEZ Picazo, como una operación total ínescindible,⁸⁷ resultado de una serie de actividades interdependientes, existen una serie de correlaciones entre normatividad e interpretación y entre libertad del intérprete y fidelidad a la norma; y ante la cada vez mayor tendencia legislativa a las cláusulas abiertas, en las que el Juez decide basado en la buena fe o la equidad, el procedimiento más adecuado para interpretar es utilizar las técnicas e instrumentos que permitan lograr al menos una de las posibles soluciones justas.⁸⁸

Es decir, que la interpretación al ser una actividad que se realiza en diferentes y diversos planos, no se trata de “canto llano”, sino de “polifonía”, ya que de la misma forma que no se puede interpretar una sinfonía con un solo instrumento, dice

⁸⁷ DíEZ, Picazo, citado por LÓPEZ Moreno, Angeles. “*La idea de `mezcla adecuada`*”. Op. cit. P.21.

⁸⁸ LÓPEZ Moreno, Ángeles. “La idea...”. Op. cit. Pp. 17-34.

siguiendo a RECASÉNS, que no hay que aplicar una sola técnica, puesto que cada una puede tener un elemento que tomar en cuenta, por lo que propone buscar una “krasis” de técnicas, que no es sumar principios contrarios, sino aceptar verdades que, provengan de donde provengan, posibiliten una armonización de diversos métodos hermenéuticos.⁸⁹

Desde las primeras escuelas, encontramos muchas posiciones parecidas, por ejemplo, TORRÉ nos informa que la “. . . mayoría de los autores concluyen aceptando un “pluralismo metódico”, para la interpretación de las normas jurídicas. LEGAZ y LACAMBRA, también se pronuncia en este sentido: “Una justa ponderación de los elementos gramatical, lógico-sistemático e histórico y finalista o teleológico, parece el modo más seguro de llegar a una interpretación que posea un valor de verdad y rectitud”.⁹⁰

Como vemos esta es una visión pragmática muy útil, en la que se desliga al intérprete de esa conexión con una escuela de interpretación determinada, para tomar de cada método los elementos que le permitan detectar las posibles soluciones justas y determinar cuál de ellas es la mejor.⁹¹

⁸⁹ Ibidem. Pp. 17-34.

⁹⁰ TORRÉ, Abelardo. Op. cit. P. 436.

⁹¹ Aún cuando consideramos que el artículo del cual tomamos esta teoría parece inconcluso, creemos que el fondo de lo propuesto por la autora tiene todo el valor para tomarse en cuenta puesto que es una forma muy útil de aproximarse a la interpretación.

1.10. RICCARDO GUASTINI

GUASTINI, es un autor italiano cuya obra ha sido muy difundida en nuestro País, y que se podría considerar como continuador de la obra de TARELLO. Consideramos que su análisis conjunta una teoría congruente y de mucha aplicación para nuestro sistema jurídico,⁹² en la que distingue entre disposición (texto legislativo o normativo, objeto de la interpretación) y norma (significado de los textos normativos, resultado de la interpretación), por ello, la interpretación no consiste en descubrir, sino en proponer los significados de los textos normativos.

En su propia clasificación, se trata de una teoría que encaja en las concepciones escépticas de la interpretación, puesto que los enunciados interpretativos son producto de la voluntad y no del conocimiento y las únicas actividades descriptivas posibles son las tendientes a mostrar como se han interpretado los textos en el pasado y como se interpretarán en el futuro. De esta forma, la interpretación jurídica se entiende como una actividad consistente en la propuesta de determinados significados a determinados textos normativos. Es decir, defiende una concepción escéptica de la interpretación jurídica. De esta forma, los enunciados interpretativos

⁹² Debemos aclarar que se especificarán con algunas modificaciones que después propondremos sólo los aspectos más importantes de su teoría, puesto que, como el lector ya habrá adivinado, gran parte del contenido de este trabajo se basa en las ideas de GUASTINI, sobre todo en materia de clasificación de los resultados de la interpretación. No hay mejor forma de entender a GUASTINI que leyendo sus obras, de las cuales, consideramos que las principales, para el fin pretendido en este trabajo, son: GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*. Op. cit.; y GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. Op. cit.

no son ni verdaderos ni falsos, puesto que son producto de la voluntad y no del conocimiento.⁹³

En su concepción, los problemas fundamentales de la interpretación surgen de la vaguedad y la ambigüedad de los textos sujetos a interpretación y, ulteriormente, de las antinomias y lagunas. Para analizar el lenguaje, se pregunta acerca del significado de las expresiones lingüísticas (términos, sintagmas, enunciados) y para determinar el significado de la expresión se deben advertir y registrar primero los usos lingüísticos vigentes de la expresión; después su ambigüedad e indeterminación; y, posteriormente, las connotaciones valorativas de la expresión.⁹⁴

Clasifica a la interpretación jurídica entre otros, en interpretación en sentido estricto y en sentido amplio.⁹⁵ En sentido estricto significa “traducir un texto jurídico

⁹³ Idem, p. 3; MORENO, José Juan. “Guastini sobre la ponderación”. Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho. ITAM-Fontamara. México. Número 17. Octubre de 2002. Pp. 227-231. Para un análisis de la obra de GUASTINI se recomienda acudir a las fuentes tantas veces citadas en este trabajo y que aquí recordamos, pero para una síntesis muy práctica y sencilla de su obra se recomienda este artículo de MORESO; además: GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo. op. cit. Pp. 100-104; GUASTINI, Riccardo. “Problemas de interpretación”. Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho. ITAM-Fontamara. México. Número 7. Octubre de 1997. Pp. 121-130; MENDONGA, Daniel. “Riccardo Guastini, analítico”. Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho. ITAM-Fontamara. México. Número 17. Octubre de 2002. Pp. 254-255; GUASTINI Riccardo. Distinguiendo. Op. cit. Pp. 32-35, 50-54 y 264-273; y MARINO José Juan. “Conflictos entre Principios Constitucionales”. CARBONELL Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta. Madrid. 2003. P. 101.

⁹⁴ GUASTINI, Riccardo. “Problemas de Interpretación”. Op. cit. Pp. 121-130; MENDONCA, Daniel. “Riccardo Guastini, Analítico”. Op. cit. Pp. 254-255; y GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo. Op. cit. Pp. 264-273; y, MORESO, José Juan. “Conflictos entre Principios Constitucionales”. Op. cit. P. 100.

⁹⁵ También se nos refiere un sentido amplísimo que significa eludir una norma cuando no es entendida ni aplicada según su significado “natural”, sino que es alterada, para violarla evitando así sus consecuencias.

perteneciente, por lo general a las fuentes del derecho, adscribiéndole un significado”, lo que según GIMENO implica la redefinición del texto en otro nuevo.⁹⁶

En sentido amplio se refiere a un conjunto de operaciones intelectuales formado por la interpretación en sentido estricto, así como por otras operaciones como las identificaciones de las fuentes del derecho y la construcción de un sistema de normas jurídicas. “A su vez la sistematización del derecho implica una serie de operaciones distintas: como la integración del derecho (en presencia de lagunas), la solución de antinomias, y la exposición sistemática (o sea ordenada) de la disciplina jurídica de una materia determinada. . .”⁹⁷ Efectivamente en la interpretación se redefine, mientras que en la integración se crea una norma que no existía antes.

Otro aspecto importante de su teoría es el de la ponderación, que es una técnica para resolver el problema de aplicar principios en conflicto y consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica (relación valorativa que establece el intérprete) entre los principios en conflicto y de esta forma el principio mejor valorado (superior), desplaza a los demás. Se funda en una interpretación de los principios, asignándoles un juicio subjetivo de valor por parte del Juez (que se realiza en términos de “justicia”), con lo que el Juez antepone su juicio subjetivo de valor sobre

⁹⁶ GIMENO Presa, María Concepción. “*Teoría y doctrina de la interpretación jurídica en la Propuesta de Riccardo Guastini*”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 23. Universidad de Alicante. Alicante. 2000. P. 691.

⁹⁷ Idem. Pp. 694-695.

el del legislador, pero sólo para resolver ese caso concreto, no siendo posible prever la solución que se dará al mismo conflicto en casos futuros.⁹⁸

La ponderación presenta, entre otras características, la de que se realiza entre dos principios en conflicto, A1 y A2, cuyos supuestos se superponen parcialmente, entre los que hay una antinomia de carácter parcial, por lo que no se puede utilizar ninguno de los tres criterios de resolución de antinomias ya que se trata de principios del mismo rango y no hay uno superior que aplicar; se encuentran en el mismo documento normativo por lo que no hay ninguno posterior y no hay relación de especialidad entre ellos, ya que son iguales por lo que se usa la ponderación que consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre principios en conflicto en la que, como resultado de la valoración, un principio considerado superior desplaza al otro y se aplica al caso concreto.⁹⁹

Para ATIENZA, la teoría de GUASTINI se caracteriza por su esfuerzo en establecer distinciones y en separar niveles distintos del lenguaje; la caracterización de la interpretación como el paso de las disposiciones a las normas, a través de los enunciados interpretativos; el énfasis en el carácter decisivo, valorativo y no meramente cognoscitivo de la interpretación; la construcción de una teoría

⁹⁸ GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*. Op. cit. Pp. 169-171; y MORENO, José Juan. "Guastini sobre la Ponderación". Op. cit. Pp. 227-231.

⁹⁹ MORENO, José Juan. "Conflictos entre Principios Constitucionales". Op. cit. P. 107; y GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*. Op. cit. Pp.169-171.

conceptual y descriptiva de la interpretación; y el rechazo de cualquier teoría de la interpretación de carácter normativo.¹⁰⁰

Como hemos visto, la historia de la interpretación ha sido cíclica: se inicia, con una interpretación muy estricta, sacramental, imbuida de misticismo respetuosa y hasta temerosa del texto de la ley; que evoluciona hacia una interpretación creadora es decir se trasciende de un mero explicar o aclarar el sentido del texto normativo a un descubrir o desentrañar hasta llegar a asignar o atribuir el contenido normativo a las disposiciones jurídicas a reformular el propio texto y en su caso a determinar las consecuencias.

Hemos realizado un meticuloso análisis de cada una de las principales escuelas de la interpretación tratando de explicar no solo sus conceptos fundamentales sino también el método de interpretación que proponen, para lo que hemos seguido un estricto criterio cronológico, ya que, como resulta evidente de la lectura de este capítulo que finaliza la evolución de la interpretación ha sido cíclica en ciertos aspectos fundamentales y ahora en nuestra época, se están repitiendo patrones que ya habían sucedido por lo menos dos veces en la historia.

De todas maneras se busca la armonización entre los derechos y no tanto la prevalencia de uno sobre otro. Los derechos no son absolutos y por eso pueden ser limitados de una manera proporcionada. Además, para ejercer esa limitación, deben

¹⁰⁰ ATIENZA, Manuel. *Cuestiones Judiciales*. Op.cit. P. 111.

existir motivos razonablemente fundados, soportados en medios cognoscitivos. Es decir, la pauta principal es que no pueden restringirse los Derechos Fundamentales de una manera extrema o desproporcionada, debe haber moderación,¹⁰¹ no se puede incurrir en excesos.

Dicho en otras palabras, en la actuación penal, las órdenes y decisiones que tomen los servidores públicos que puedan afectar Derechos Fundamentales han de ser razonables y proporcionadas. Una medida que afecta derechos será proporcional a la gravedad del delito, por ejemplo, si se va a afectar de manera intensa la intimidad, esa afectación debe ser proporcionada a la gravedad de la conducta examinada. Para lograr esa ponderación, la doctrina y la jurisprudencia, nacional y extranjera, acuden al test de razonabilidad.¹⁰²

El test de razonabilidad es una guía metodológica para mermar el margen de subjetivismo al ponderar y para dar respuesta a la pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?.

¹⁰¹ En la ética de ARISTÓTELES se le asigna un alto valor moral a la moderación y por eso se recomienda perseguir la razón y la moderación en la conducta, el feliz punto medio entre los extremos. Kelsen, en el ensayo *justice et droit naturel* enumera dentro de los principios más universales o supremos el *principiurn moderatonis o regla satis nimis*, o canón del mesotés que ordena: de nada demasiado, obra centradamente; procede sin extremismos, actúa con moderación. Ver al respecto Hernán VALENCIA Restrepo en su libro *Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá. Editorial Temis. 1999. Pp. 229 y 230.

¹⁰² La ponderación, la proporcionalidad y el test de razonabilidad han sido desarrollados en diversos fallos de la Corte Constitucional: Sentencias T-024 de 1994, T-411 de 1994, C-070 de 1996, T-003 de 1997, TC-370 de 2002, entre otros.

Es, como ya se dijo, un método que abandona la lógica formal y se basa en la relación entre medios y fines, y que resulta aplicable a las situaciones de ponderación de derechos que se presenten en la actuación penal.

CAPITULO II

LA PONDERACIÓN

2.1. CONCEPTO DE PONDERACIÓN

Muchas veces se ha objetado en contra del concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y los principios no regulan por sí mismos su aplicación. Por lo tanto, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control que se surte por medio de las normas y del método. Se abriría así un margen para el subjetivismo y decisionismo judiciales. Estas objeciones son acertadas en la medida en que con ellas se exprese que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente, de manera formal necesaria, a un resultado. Sin embargo, dichas objeciones no son correctas en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional.

2.2. EL MODELO DE LA DECISIÓN Y EL MODELO DE LA FUNDAMENTACIÓN

Efectivamente, si la ponderación consistiera simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia de este tipo y, con ello, en la determinación de la regla referida al caso que de ella se sigue, no sería entonces un procedimiento racional. La determinación de la preferencia condicionada podría llevarse a cabo intuitivamente. Quien pondera tendría la posibilidad de seguir exclusivamente sus concepciones subjetivas. No podría hablarse de ponderaciones correctas o falsas.

Sin embargo, a un modelo de la decisión de este tipo, relativo a la ponderación, podría contraponerse un modelo de la fundamentación. En ambos modelos, el resultado de la ponderación es un enunciado de preferencia condicionada. En el modelo de la decisión, el establecimiento del enunciado de preferencia es el resultado de un proceso psíquico racionalmente incontrolable. En cambio, el modelo de la fundamentación distingue entre el proceso psíquico, que conduce a la determinación del enunciado de preferencia, y su fundamentación.¹⁰³

Esta distinción permite referir el postulado de la racionalidad de la ponderación a la fundamentación del enunciado de preferencia y decir: una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede fundamentarse racionalmente. De esta manera, el problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la

¹⁰³ Esto responde a la muchas veces citada distinción entre el proceso de descubrimiento (*process of discovery*) y el proceso de justificación (*process of justification*); cfr., por ejemplo, E. A. Wasserstrom. *The judicial decision*. Stanford. 1961. P. 27.

pregunta acerca de la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores o principios contrapuestos.

2.3. LA FUNDAMENTACIÓN DE ENUNCIADOS CONDICIONADOS DE PREFERENCIA NO REFERIDA ESPECÍFICAMENTE A LA PONDERACIÓN

De acuerdo con la regla de la colisión, a partir de los enunciados de preferencia condicionados se siguen reglas que, cuando se dan las condiciones, ordenan la consecuencia jurídica del principio que goza de precedencia. En esta medida, la fundamentación de enunciados de preferencia tiene el carácter de una fundamentación de reglas relativamente concretas que deben adscribirse a las disposiciones de Derecho Fundamental.

Para su fundamentación pueden utilizarse todos los argumentos posibles en la argumentación de Derecho Fundamental. Desde luego argumentos de tipo semántico quedan excluidos cuando con la constatación de la colisión se ha decidido ya, en virtud del texto literal, acerca de la aplicabilidad de las disposiciones de Derecho Fundamental que están en cuestión. En cambio, son siempre utilizables los otros cánones de la interpretación, argumentos dogmáticos,¹⁰⁴ prejudiciales, prácticos y empíricos en general, así como las formas de argumentos específicamente jurídicos.

¹⁰⁴ Cfr. al respecto R. ALEXY. *Theorie der juristischen Argumentation*. Págs. 285 ss.

De esta manera, para la fundamentación de un enunciado de preferencia condicionado y por lo tanto para la fundamentación de la regla correspondiente, puede, por ejemplo, hacerse referencia a la voluntad del constituyente, a las consecuencias negativas de una determinación alternativa de preferencia, a los consensos dogmáticos y a decisiones anteriores. En la medida en que ello suceda la fundamentación de un enunciado de preferencia condicionado no se diferencia de la fundamentación de las reglas semánticas que debe establecerse para precisar conceptos vagos.

La diferencia desaparece aun más si se tiene en cuenta que, también dentro del marco de la interpretación habitual regularmente tienen lugar algunas ponderaciones. Puede pensarse en el caso en el que una interpretación restringida de un concepto conduce a una protección débil de un Derecho Fundamental y una interpretación amplia, a una protección más fuerte. En vista de la variedad de los argumentos posibles a favor de los enunciados de preferencia puede afirmarse que la recomendación que suele formularse en el sentido de tener en cuenta solo las consecuencias,¹⁰⁵ constituye una reducción injustificada.

¹⁰⁵ Cfr. por ejemplo, B. SCHLINK Abwägung im Verfassungsrecht. Págs. 181, 192, 199; A. PODLECH Wertungen und Werte im Rch. Pág. 208.

2.4. LA FUNDAMENTACIÓN REFERIDA ESPECÍFICAMENTE A LA PONDERACIÓN

Lo dicho sobre la utilización de argumentos jurídicos generales no dice todavía nada acerca de lo específico de la fundamentación de los enunciados de preferencia. Si solo existieran estos argumentos, podría contemplarse renunciar al enunciado de preferencia y referir la fundamentación exclusivamente a la regla que de él se sigue.

No obstante, formulaciones, por ejemplo del Tribunal Constitucional Federal Brasileño, indica que hay argumentos específicos referidos a la ponderación «El derecho de libertad del individuo se manifiesta [...] con tanta más fuerza cuanto mas se cuestiona su derecho a la libre elección de la profesión; la protección de la comunidad es tanto mas urgente, cuanto mayores son las desventajas y los peligros que puedan resultar de un ejercicio de la profesión totalmente libre».¹⁰⁶ «Cuanto más afecte la intervención legal expresiones elementales de la libertad de actuación humana, tanto más cuidadosamente tienen que ponderarse las razones presentadas para su justificación frente al Derecho Fundamental de libertad del ciudadano».¹⁰⁷ «Además, resulta que [...] la ponderación necesaria tiene, por una parte, que tener en cuenta la intensidad de la intervención en el ámbito de la personalidad a través de una emisión radial de este tipo; por otra, hay que evaluar el interés concreto a cuya satisfacción sirve la emisión y para la que es idónea...».¹⁰⁸

¹⁰⁶ BVerfGE 7, 377 (404 s.).

¹⁰⁷ BVerfGE 20, 150 (159); cfr., además, BverfGE 17, 306 (314).

¹⁰⁸ BVerfGE 35, 202 (226).

Estas manifestaciones¹⁰⁹ hacen referencia a una regla constitutiva para las ponderaciones del Tribunal Constitucional Federal, que puede formularse de la siguiente manera:

a) Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.¹¹⁰

Esta regla expresa una ley que tiene validez para la ponderación de principios de cualquier tipo. Puede denominarse «Ley de la Ponderación». De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de falta de satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto de principio mediante la cláusula «relativo a las posibilidades jurídicas», aquello que el respectivo principio, ordena se relacione con aquello que ordenan los principios contrapuestos. La ley de la ponderación expresa en qué consiste esta relación. Pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en si mismo o de forma absoluta, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos.¹¹¹

¹⁰⁹ Cfr., además, BverfGE 41, 251 (264), en donde el Tribunal habla de una ponderación total entre la gravedad de la intervención y el peso y la urgencia de las razones que la justifican.

¹¹⁰ Con respecto respecto a una formulación algo diferente, cfr. R. ALEXY «Die logische Analyse juristischer Entscheidungen», pág. 206. Aquí se renunciará a mayores especificaciones de esta regla. Se presupone que los principios de los que aquí se habla entran en colisión, es decir que un principio puede satisfacerse solo a costa del otro. Se producen colisiones solo con respecto a la solución de casos. Por lo tanto, lo que mediante las reglas se pone en relación es la restricción de un principio mediante una determinada solución de un determinado caso y la importancia de la satisfacción del otro principio en este caso.

¹¹¹ Cfr. B. BARRY. *Political argument*. Londres/Nueva York. 1965. P. 7.

Sin embargo, la ley de la ponderación no carece de todo valor. Dice qué es lo importante en las ponderaciones, es decir, el grado o la intensidad de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, por un lado, y el grado de importancia de la satisfacción del otro principio, por el otro. Quien dice que una afectación muy intensa solo puede estar justificada por un grado de importancia muy alto de la satisfacción del principio contrapuesto, no dice todavía nada acerca de cuándo se presenta una afectación muy intensa ni cuándo se presenta un grado de importancia muy alto. Sin embargo, sí dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación: a saber, se trata de enunciados acerca de los grados de afectación e importancia.

Los argumentos aducibles para la fundamentación de este tipo de enunciados no tienen el carácter específico de argumentos referidos a la ponderación. Es posible tomar en cuenta cualquier argumento de la argumentación jurídica. La sentencia del **caso Lebach** ofrece un ejemplo de una fundamentación de enunciados sobre los grados de afectación e importancia. La tesis de que la emisión sub examine afecta de una manera muy intensa¹¹² la protección del honor se fundamenta, entre otras

¹¹² Como ejemplo de la fundamentación de un enunciado sobre un grado menor de intensidad de una restricción, puede introducirse el ejemplo de la sentencia sobre la participación de los trabajadores en las empresas (Mitbestimmungsrrteil). Dentro del marco del examen del derecho fundamental de la libertad de profesión de las sociedades empresariales a las que se refiere la Ley de participación de los trabajadores en las empresas se dice: «La influencia de la coparticipación de los asalariados en el consejo de control sobre la conducción de la empresa no es, en principio decisiva; más bien, a los miembros del consejo de control elegidos por los accionistas de la sociedad les corresponde el derecho de tomar decisiones en última instancia. En la medida en que las decisiones del órgano de representación dependen de una decisión del consejo de control, éstas siguen siendo decisiones. que en principio pueden referirse a los miembros de la sociedad. Por lo tanto se trata de una restricción de menor intensidad» (BVerfGE 50, 290 (365), subrayado de R. A.).

cosas, con la alusión a: el alcance¹¹³ de las emisiones televisivas, los efectos de la forma de documental que tiene la emisión,¹¹⁴ el alto grado de credibilidad que estas emisiones tienen en el público,¹¹⁵ los peligros que de aquí y de otras características de la emisión resultan para la resocialización¹¹⁶ y la afectación adicional que se producirá con posterioridad a la emisión del documental.¹¹⁷ En lo que concierne a la importancia de la satisfacción del principio de la libertad radial, se aducen posteriormente numerosas razones acerca de la importancia de transmitir en la actualidad una información relacionada con hechos delictivos graves. Con base en este trasfondo, se sostiene que retransmitir la información *sub examine* no es lo suficientemente importante, como para justificar la intensidad de la afectación.¹¹⁸

Las razones aducidas por el Tribunal son razones atendibles. También sin un análisis mas detallado, puede constatarse que entre ellas se encuentran cosas muy diferentes, por ejemplo, la referencia a hechos (el alcance de las emisiones televisivas) y legalidades empíricas (causación de una puesta en peligro de la resocialización), al igual que juicios normativos (catalogación de la resocialización como urgentemente exigida por el artículo 1 párrafo 1 en conexión con el artículo 2 párrafo 1 LF). Este tipo de esquema de razones que incluye valoraciones es en general característico de las fundamentaciones jurídicas. Un esquema semejante es necesario, por ejemplo, allí donde se trata de establecer determinaciones en el margen de acción de conceptos vagos, es decir, en el ámbito de la interpretación

¹¹³ BVerfGE 35, 202 (227).

¹¹⁴ BVerfGE 35, 202 (228).

¹¹⁵ BVerfGE 35, 202 (229).

¹¹⁶ BVerfGE 35, 202 (236 s.).

¹¹⁷ BVerfGE 35, 202 (234).

¹¹⁸ *Ibidem*.

clásica. Como consecuencia, el solo argumento de que las valoraciones juegan un papel en la ponderación no fundamenta todavía ninguna objeción en contra de que sea posible fundamentar racionalmente las decisiones que se adoptan por medio de la ponderación, a menos que se diga que la argumentación jurídica siempre deviene irracional o pierde su racionalidad tan pronto se ingresa en el ámbito de las valoraciones que no están fijadas de antemano autoritativamente como necesarias. No obstante, una concepción semejante tendría como consecuencia no sólo que una gran parte de aquello que constituye desde siempre la tarea de la actividad judicial tendría que calificarse como irracional o carente de racionalidad, sino que también puede hacerse valer buenas razones en contra de la tesis que a ella subyace, de la no imposibilidad de fundamentar los juicios de valor y de obligación.¹¹⁹ Como argumento en contra de la racionalidad de las ponderaciones no podría hacerse valer el hecho de que valoraciones que no han sido dadas de antemano como obligatorias juegan un papel en las decisiones que se adoptan mediante la ponderación sino en el mejor de los casos, la medida en la que tales valoraciones juegan. Al respecto cabe decir, primero que existen numerosas ponderaciones que, con respecto a su contenido valorativo provocan menos dificultades que las interpretaciones y, segundo que este argumento es en el mejor de los casos idóneo para poner de manifiesto que las ponderaciones revisten un grado de racionalidad más reducido que las interpretaciones. Sin embargo este argumento carece de la fuerza necesaria para demostrar la irracionalidad o la falta de racionalidad de las ponderaciones.

¹¹⁹ Cfr. al respecto R. ALEXI. *Theorie der juristischen Argumentation*. Págs. 53 ss.

El modelo de la fundamentación de la ponderación aquí presentado evita una serie de dificultades que a menudo están vinculadas con el concepto de ponderación. Pone de manifiesto que la ponderación no es un procedimiento en el que un bien se obtiene con «excesivo apresuramiento» a costa de otro.¹²⁰ Según este modelo la ponderación es todo menos un procedimiento abstracto o general. Su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que de acuerdo con la ley de la colisión surge de una regla diferenciada de decisión. Ya del concepto de principio resulta que en la ponderación no se trata de un asunto de o todo o nada, sino de una tarea de optimización. En esta medida, el modelo de ponderación aquí sostenido responde al llamado principio de la concordancia práctica.¹²¹

Tampoco es correcta la objeción según la cual no habría ninguna pauta sobre la base de la cual pudiera decidirse la ponderación¹²² y, por lo tanto, el principio de la ponderación de bienes sería una «fórmula vacía».¹²³ Ciertamente, la *ley de la ponderación* como tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda puedan decidirse definitivamente los casos. Sin embargo *el modelo de la ponderación* como un todo ofrece un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que fundamentarse racionalmente. Por lo tanto no es que no diga nada y, por ello, no es una fórmula vacía. Se ha eliminado así la objeción de irracionalidad que se aduce

¹²⁰ Cfr. K. HESSE Grundzüge des Verfassungsrechts. Observación al margen 72.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² C.v. PESTALOZZA Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland en Der Staat 2 (1963), pág. 447; Fr. Müller, Die Positivität der Grundrechte. Pág. 18; del mismo autor, Juristische Methodik. Pág. 53.

¹²³ C. v. PESTALOZZA. Op. cit. Pág. 448.

reiteradamente.¹²⁴ La tesis según la cual las ponderaciones conducen a «decisiones individuales»,¹²⁵ por lo menos, se presta a malentendidos. Ciertamente, en la medida en que las decisiones que se adoptan mediante la ponderación, son decisiones judiciales, se producen, por lo general, para la solución de un caso concreto. No obstante, de acuerdo con la ley de la colisión, sobre la base de la decisión que se adopta mediante la ponderación, siempre es posible formular una regla. Como consecuencia, la ponderación en el caso concreto y la universalidad no son incompatibles. Están vinculadas en el modelo de la ponderación que aquí se defiende.¹²⁶ No es válida la objeción según la cual en la ponderación de bienes, en definitiva, sólo se sostiene una palabra en contra de otra.¹²⁷ Se enfrenta un principio con otro, lo cual tiene las consecuencias formuladas en las leyes de la colisión y de la ponderación.

El modelo de la ponderación no sólo evita los problemas expuestos, sino que ostenta también ciertos rasgos válidos de otros modelos alternativos sin quedar, por ello, afectado con sus dificultades. Esto puede mostrarse mediante el concepto del análisis del ámbito normativo que MÜLLER contrapone a la ponderación de bienes.¹²⁸ Por medio de este concepto, MÜLLER acentúa la importancia de los argumentos empíricos (datos reales) en el marco de la fundamentación de Derecho Fundamental. Aboga además, por una «dogmática de ámbitos» diferenciada de cada

¹²⁴ Cfr., por ejemplo, Fr. MÜLLER. *Juristische Methodik*. Pág. 54.

¹²⁵ *Ibidem*. Pág. 54.

¹²⁶ Con respecto a la universalidad como postulado básico de la racionalidad práctica. Cfr. R. ALEXY. *Theorie der juristischen argumentation*. Págs. 91 ss., 234 ss., 274; con respecto a la formación de reglas como postulados de derecho constitucional, cfr. BverfGE 66, 116 (138).

¹²⁷ Fr. MÜLLER. *Normstruktur und Normativität*. Berlín.1966. P. 209.

¹²⁸ Fr. MÜLLER. *Juristische methodik*. Pp. 49, 117 ss.

Derecho Fundamental.¹²⁹ El modelo de la ponderación que aquí se sostiene satisface ambos postulados. En el marco de la fundamentación de los enunciados sobre las intensidades de la afectación y sobre la importancia de la satisfacción de los principios contrapuestos, se hacen valer plenamente argumentos empíricos que se refieren a las peculiaridades del objeto de la decisión y a las consecuencias de las posibles decisiones. Con respecto a los argumentos empíricos, para la fundamentación de las decisiones que se adoptan mediante la ponderación, vale lo mismo que para la argumentación jurídica en general.¹³⁰ La ley de la colisión muestra que las ponderaciones conducen a la creación de dogmáticas diferenciadas de los distintos Derechos Fundamentales: en caso de colisión, hay que establecer una relación de preferencia condicionada. A ella corresponde una regla de un grado de concreción relativamente alto. Por medio de las ponderaciones de la jurisprudencia y las propuestas de ponderación de la ciencia de los Derechos Fundamentales a las que se ha prestado consentimiento, surge, con el transcurso del tiempo una red de reglas concretas adscritas a las distintas disposiciones de Derecho Fundamental y que representan una base importante y un objeto central de la dogmática.

Como consecuencia, el modelo de la ponderación presentado puede por una parte, satisfacer las exigencias justificadas en el sentido de que se tomen en cuenta las relaciones fácticas, al igual que las leyes empíricas, y se crea una dogmática detallada de los distintos Derechos Fundamentales; por otra, permite evitar las dificultades propias del concepto del análisis del ámbito normativo. Estas dificultades

¹²⁹ Cfr. Id. *Die positivitàt der grundrechte*. P. 87.

¹³⁰ Cfr. al respecto, R. ALEXY. *Theorie der juristischen argumentation*. P. 285 ss.

resultan del status ambivalente que tienen los elementos del ambito normativo de MÜLLER. Como antes se señalara,¹³¹ aquí puede tratarse solo de argumentos empíricos o de argumentos empíricos en conexión con argumentos valorativos. Si solo se trata de argumentos empíricos entonces el análisis del ámbito normativo no basta para dar respuesta a las preguntas de Derecho Fundamental.

Las preguntas de Derecho Fundamental son preguntas normativas, y sólo de enunciados empíricos no se infieren enunciados normativos. Si cuando se trata de los elementos del ámbito normativo, se trata de una mezcla de elementos empíricos y valorativos, se plantea entonces el interrogante acerca de dónde proceden los elementos valorativos y cómo pueden ser controlados. Este interrogante se vuelve tan urgente que el propio MÜLLER subraya que una «jurisprudencia sin decisión y valoración (no sería) ni práctica ni real».¹³² Las formulaciones de MÜLLER en las cuales se equipara la «estructura del ámbito normativo» con la «naturaleza del ámbito vital regulado»¹³³ permiten reconocer que existe una cierta afinidad de su concepción del análisis de los ámbitos normativos con la teoría de la naturaleza de las cosas,¹³⁴ pero no constituyen una respuesta suficiente al problema de la

¹³¹ Capítulo 2. II. 3.

¹³² Fr. MÜLLER. *Juristische Methodik*. P. 134.

¹³³ *Ibidem*. P. 40.

¹³⁴ Cfr., además, Id., *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 28 (nota 59), en donde habla de la «acuñación material del ámbito normativo de derecho fundamental» como «un tipo especial de la “naturaleza de la cosa” » LARENZ subraya el parentesco entre los conceptos de ámbito normativo y naturaleza de la cosa (K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª edición pág. 323); cfr. al respecto también H RYFFEL, recensión de M. KRIELE *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín 1976, y Fr. MÜLLER, Normstruktur und Normativität, Berlín 1966, en DVBl 1971, pág. 84. El propio MÜLLER rechaza la equiparación de su teoría con las concepciones tradicionales de la naturaleza de la cosa (cfr. *Juristische Methodik*, págs. 34 s., 86; «Thesen zur Struktur von Rechtsnormen» en ARSP 61(1970), pág. 498). A pesar de esta defensa, su intento de sustituir la «cosa» por el ámbito normativo y la «naturaleza» por «su estructura básica selectivamente requerida bajo los aspectos del programa normativo» (cfr., *Juristische Methodik*. P. 88) está expuesto a las objeciones que

valoración. El modelo de la ponderación, basado en la teoría de los principios, puede proporcionar una respuesta de este tipo, al vincular la estructura formal de la ponderación con una teoría de la argumentación jurídica, que incluye una teoría de la argumentación práctica general.¹³⁵

2.5. OBJECIONES DOGMÁTICAS

Es más fácil refutar las objeciones dogmáticas que las metodológicas. Según la primera de ellas, una teoría valorativa de los Derechos Fundamentales conduciría a una destrucción de la libertad de Derecho Fundamental en el sentido liberal.

La «libertad vinculada con la subjetividad(es) sustituida por la objetividad del valor»,¹³⁶ se produciría una orientación material de la libertad de Derecho Fundamental,¹³⁷ una «obligación» orientada hacia los valores.¹³⁸ Esta concepción sería correcta si la libertad y el valor fueran dos cosas de tipo opuesto. Sin embargo, esto no es así. Más bien, la libertad jurídica, y sólo de ésta se trata aquí, es un valor entre otros. Como habrá de exponerse detalladamente más adelante,¹³⁹ la libertad jurídica consiste en el permiso jurídico para hacer u omitir lo que se quiera. Ella es

valen en contra de la teoría de la naturaleza de la cosa, ya por el hecho de que sólo de las normas de derecho fundamental (programa normativo) directamente estatuidas y de enunciados empíricos sobre lo que debe ser regulado con normas de derecho fundamental, no se infiere el juicio de deber ser concreto de derecho fundamental. Para el análisis y crítica de estas teorías, cfr. R. DREIER *Zurn Begriff der «Natur der Sache»*. Berlín. 1965.

¹³⁵ Cfr. *Infra*, Capítulo 10. III. 3.

¹³⁶ E. FORSTHOFF *Zur. Heutigen Situation einer Verfassungslehre*. P. 190.

¹³⁷ E. W. Böckenförde. «*Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*», pág. 1533.

¹³⁸ H. GOERLIC. *Wertordnung und grundgesetz*. P. 37.

¹³⁹ Capítulo 4. II. 2.2.

limitada por toda norma de prohibición o de mandato. Cuanto más se prohíbe o se ordena, tanto más reducida es la libertad jurídica.

El principio de la libertad jurídica exige una situación de regulación jurídica en la que se ordene y prohíba lo menos posible. Su satisfacción máxima es una situación en la que nada está jurídicamente prohibido u ordenado, es decir, todo está jurídicamente permitido. Es fácil estar de acuerdo en que no es deseable que exista una situación semejante. La polémica surge cuando se trata de determinar qué y cuánto debe ordenarse y prohibirse. Esta polémica es una polémica acerca del grado óptimo de satisfacción del principio de libertad jurídica frente a los principios contrapuestos. Estos principios pueden sopesarse de manera muy diferente.

La escala se extiende desde teorías liberales radicales que sólo en muy pocas situaciones extremas reconocen a los principios contrapuestos un peso mayor que al principio de la libertad jurídica, hasta las teorías radicales no liberales que llegan a una ponderación inversa y casi para cada alternativa de acción disponen de un mandato o de una prohibición jurídica. Esto pone de manifiesto que la teoría de los principios o de los valores de los Derechos Fundamentales, como tal, se comporta de manera neutral frente a la libertad jurídica. Ciertamente, la atribución de un peso reducido al principio de libertad puede conducir a una reducción de la libertad jurídica, pero un sopesamiento inverso puede tener también como consecuencia un exceso de libertad jurídica.

Desde luego, de esta manera, no se ha eliminado todavía las objeciones dogmáticas en contra de una teoría de los principios de los Derechos Fundamentales. Asimismo, quien admita que es posible refutar la objeción liberal, puede insistir en una objeción basada en el principio del estado de derecho. La interpretación de las normas de Derecho Fundamental como principios crea la posibilidad de presentar, como mandatos de derecho constitucional, muy diferentes resultados provenientes de la ponderación.

«De esta manera», podría pensarse con FORSTHOFF, «los Derechos Fundamentales quedan al azar de posibilidades manipulatorias de supra, sub o revaloración y, con ello, se transforma la decisión fundamental del Constituyente en una autorización global dirigida a los intérpretes de la Constitución. El resultado es que se vuelve insegura la Constitución (...)».¹⁴⁰ Esta objeción vincula dos aspectos. El primero apunta a que una teoría de los principios no tomaría en serio la vinculación a la Constitución; la segunda, a que conduce a la arbitrariedad interpretativa y, con ello, a la inseguridad constitucional.

La objeción que se refiere a la vinculación podría afectar la teoría que aquí se defiende sólo si el modelo puro de las reglas pudiera garantizar una vinculación más fuerte que el modelo de las reglas y los principios. Pero el modelo puro de las reglas ha demostrado ser inadecuado. Así, por ejemplo, se vio claramente que en relación con los Derechos Fundamentales con reserva simple, hasta el límite del contenido esencial, que es difícilmente determinable, este modelo conduce a un vaciamiento de

¹⁴⁰ E. FORSTHOFF. *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre*. P. 190.

estos derechos y, por lo tanto, a una pérdida de la vinculación. Justamente para asegurar la vinculación, es necesaria una complementación del nivel de las reglas con el de los principios. Por lo demás, la referencia de FORSTHOFF a la «decisión fundamental del constituyente» sugiere la interpretación de que esta referencia no se dirige tanto, en contra de una teoría de los principios, como tal, sino, más bien, en contra de la posibilidad de formular teorías de los principios con contenidos determinados. Una decisión fundamental de un Constituyente no puede ser otra cosa que una decisión a favor de un determinado principio o de determinados principios. Sin embargo, si tal es el caso, entonces la objeción que apunta a la sujeción pierde el carácter de una objeción en contra de una teoría de los principios como teoría estructural. Se convierte en una objeción en contra de determinadas evaluaciones de los principios y, con ello, en un alegato en favor de una determinada teoría material de los Derechos Fundamentales frente a la cual la teoría de los principios, en tanto teoría estructural, se comporta neutralmente.

Queda la objeción que apunta a la seguridad jurídica. Una vez más hay que hacer referencia a la falta de alternativas aceptables, que puedan garantizar una medida mayor de seguridad jurídica que el modelo de las reglas y los principios. Sin embargo, ésta es sólo una cara de la moneda. La otra es que el carácter de principio de los Derechos Fundamentales, significa ciertamente la presencia permanente de contenidos extendidos pero, ésta es conciliable con una medida suficiente de seguridad jurídica.

El modelo de las reglas y los principios esta compuesto no solo por el nivel de los principios sino también por el nivel de las reglas.¹⁴¹ Más adelante se mostrará¹⁴² que la seguridad que puede obtenerse en el nivel de las reglas, se obtiene, no solo con base en la observancia debida, en principio, al texto de la Constitución y a la voluntad del Constituyente, sino esencialmente tambien con base en la fuerza de precedente de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal.

2.6. EL JUICIO DE PONDERACIÓN

La otra gran particularidad de la interpretación en los sistemas constitucionales de nuestro tiempo tiene que ver también con el fuerte contenido material de nuestras Constituciones, o si se quiere, con la indeterminación de la Constitución, indeterminación que se manifiesta de modo particular cuando se producen colisiones entre preceptos constitucionales, especialmente frecuentes en materia de derechos y libertades. Me refiero al juicio de ponderación.

¹⁴¹ Esto significa que en el modelo de las reglas y los principios, no se sustituye la deducción por la ponderación. Más bien, las dos se vinculan aquí. Con respecto a dos formas de vincularlas, cfr., por una parte, R. ALEXI «*Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*». P. 195 ss.; y, por otra, H. J. KOCH/H. RÜBMANN, *Juristische Begründungslehre*, págs. 97 ss.

¹⁴² Capítulo 10. III. 3.2.2.

2.7. LOS CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LA PONDERACIÓN

Hemos visto cómo uno de los rasgos definitorios de las Constituciones de nuestro tiempo es su rematerialización, lo que significa que, más allá de regular la organización del poder (o sea, de establecer quién y cómo se manda), reconocen directamente un catálogo de principios de justicia, directrices y Derechos Fundamentales directamente exigibles (o sea, indican a los poderes públicos qué es lo que no pueden hacer y muchas veces también qué es lo que deben hacer). En la medida en que tales Constituciones pretenden regir la convivencia en una sociedad plural, no en vano se habla de las Constituciones del pluralismo, ese conjunto de normas materiales que reflejan la pluralidad de valores y concepciones de justicia que están presentes en la sociedad.

Se reconoce la libertad de expresión, pero también el derecho al honor; la libertad de información, pero también el derecho a la intimidad; el valor de la libertad, pero también el de la igualdad; se reconoce el Estado social, pero también el Estado liberal; el derecho de propiedad, pero también su «función social», o la tutela del medio ambiente, o la promoción del bienestar general, o el derecho a la vivienda, o a la educación; se reconoce la libertad de empresa, pero también el derecho al trabajo; el derecho de manifestación y el de huelga, pero también el orden público; el derecho a la tutela judicial, pero también la seguridad jurídica o la celeridad en la administración de justicia, etc.

Es evidente que entre todas estas normas no se advierte ninguna contradicción en abstracto: no es contradictorio, por ejemplo, que un mismo sistema jurídico proclame la libertad de expresión y el derecho al honor, o que brinde tutela simultáneamente a la libertad de manifestación y al orden público. Pero pueden generarse conflictos en los supuestos concretos. Los conflictos pueden presentarse en dos casos:

a) Cuando en el enjuiciamiento de una norma o medida o decisión pública se confrontan el bien o valor constitucional protegido por ésta (N1) y otro bien o valor constitucional que resulta afectado o limitado por la misma (N2). Esto puede suceder, por ejemplo, cuando el Juez Constitucional examina la constitucionalidad de una ley; o cuando el Juez ordinario enjuicia un reglamento o un acto administrativo, o cuando examina la constitucionalidad de la ley aplicable a un caso que debe resolver.

b) Cuando en el enjuiciamiento de una conducta particular se confrontan el Derecho Constitucional que ampara esa conducta (N1) y otro bien o derecho constitucional que resulta afectado o limitado por ella (N2). Así, por ejemplo, cuando a propósito de un juicio por injurias se confrontan el derecho a expresarse libremente de la persona cuya conducta se enjuicia (N1) y el derecho al honor de la persona injuriada (N2).

Los supuestos de posible confrontación son múltiples. Así, por ejemplo, cabe una colisión entre la libertad personal y la seguridad pública, o entre el derecho de manifestación y el orden público o entre la estabilidad económica y la libertad de

empresa, o entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación; o entre la vida y la libertad del titular de la misma, etc.

Pues bien, aunque consideradas individualmente la mayoría de esas normas constitucionales son como cualquier otra norma, cuando entran en conflicto actúan como los principios.

Procede simplemente recordar ahora que el criterio fundamental para distinguir los principios de las reglas es la dimensión del «peso» de los principios, lo que a juicio de ALEXY significa que estos constituyen mandatos de optimización, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes. Ello se refleja en el diferente modo de resolver los conflictos cuando estos se producen entre reglas y cuando se producen entre principios. La diferencia puede representarse así: cuando dos reglas entran en conflicto ello significa que o bien una de ellas no es válida, o bien opera como excepción permanente a la otra (criterio de especialidad). Cuando, por el contrario la contradicción se entabla entre dos principios ambos siguen siendo válidos por más que en el caso concreto y de modo circunstancial pueda triunfar uno sobre otro.¹⁴³

En efecto, cuando existe un conflicto entre normas (o principios) constitucionales que propician soluciones distintas y contrastantes para el caso de que se trate, por

¹⁴³ Recordemos que esta es la caracterización que hace ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de E. GARZÓN. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1993. Pp. 81 y ss.

ejemplo entre la tutela del honor y la libertad de expresión, este no puede resolverse de acuerdo con los tradicionales criterios de resolución de antinomias (o sea, mediante la declaración de invalidez de una de ellas o considerando que una constituye una excepción permanente a la otra), pues la Constitución no establece un sistema de prioridades o excepciones absolutas entre estas normas. Es más, podría decirse que todas ellas gozan, por así decirlo, de la misma dignidad constitucional y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras.

Las normas (o principios) constitucionales son simultáneamente válidas y, por ello, cuando entran en conflicto se configuran como mandatos de optimización, es decir como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por eso las colisiones entre estas normas se superan mediante lo que ha dado en llamarse juicio de ponderación, consistente, grosso modo, en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en ese supuesto concreto.

Ahora bien, es verdad que en algunos casos la ponderación puede conducir a adoptar una solución realmente armonizadora o conciliadora de los intereses, normas o principios en tensión; una *praktische konkordanz*, por usar la significativa expresión alemana.

Así, recogiendo un ejemplo de L. PRIETO, el Juez que examina el acto administrativo que prohíbe una manifestación dispone de tres posibilidades de

decisión: 1) confirmar el acto y con ello la prohibición; 2) declarar la procedencia de la manifestación en los términos solicitados; o 3) establecer unas condiciones de ejercicio de la manifestación que intenten preservar al mismo tiempo el Derecho Fundamental y la protección del orden público.

Pero también es verdad que en muchos otros supuestos (la mayoría), esa solución armonizadora o conciliadora no es posible y el resultado de la ponderación consiste necesariamente en otorgar preferencia a uno de los principios en pugna.¹⁴⁴ Precisamente por ello, suele decirse muchas veces que mediante la ponderación se da valor decisorio al principio que en el caso concreto tenga un peso mayor. Pero hay que insistir, en el caso concreto. Con la ponderación no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que sólo se establece un orden de preferencia relativo al caso enjuiciado, que, por tanto, no excluye una solución diferente para otro caso.

Es importante observar que la ponderación, por cuanto búsqueda de una solución armonizadora de la importancia de los principios en el caso concreto, estimula la argumentación moral, o en todo caso un tipo de argumentación abierta a valoraciones, por lo que es una operación notablemente discrecional: personas razonables pueden discrepar sobre su resultado. No en vano suele aludirse a ella como juicio de razonabilidad. Ahora bien, ello no significa —como pretenden

¹⁴⁴ Subraya estos dos posibles resultados de la ponderación PRIETO, L. <Neoconstitucionalismo y Ponderación>. Cit. Pp. 216 ss., esp. nota 35, de donde tomo el ejemplo anterior.

algunos- que estemos ante una tarea esencialmente arbitraria y sin sujeción a reglas, pues cabe la posibilidad de ensayar algún método para resolver estos conflictos. De hecho, por vía jurisprudencial o doctrinal se pueden crear condiciones de prioridad en abstracto (bajo qué condiciones un principio prevalece sobre otro), prioridades prima facie (reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, «la libertad de información prevalece en principio sobre el derecho al honor») y estructuras de ponderación (exigencias de necesidad, adecuación y proporcionalidad de cualquier norma o medida restrictiva de un principio), que se establecen a partir de la idea de mandato de optimización.

Especial importancia tienen las estructuras de ponderación, pues señalan las reglas o directrices que disciplinan el juicio de ponderación y que poco a poco han ido consolidándose en la praxis judicial.

Al respecto, tratándose de conflicto de leyes, la Suprema Corte de Justicia en Mexico, ha emitido la siguiente Tesis, obligada por la sentencia del caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano:

Tipo de documento: Tesis aislada

Décima época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: Libro XVIII, Marzo de 2013

Página: 364

FUERO MILITAR. EL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR CONTRAVIENE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE

DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, con base en los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinó que las conductas cometidas por militares que puedan vulnerar derechos humanos de civiles no pueden ser competencia de la jurisdicción militar, porque en ese supuesto los tribunales militares ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal tanto para efectos de la reparación del daño, como para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. En este contexto, el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, al dar lugar a que la jurisdicción militar conozca de las causas penales seguidas contra militares respecto de delitos del orden común o federal que, cometidos por aquéllos al estar en servicio o con motivo de éste, puedan afectar los derechos humanos de personas civiles, contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso citado, máxime que de lo previsto en el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se colige que la jurisdicción militar deba conocer de los juicios seguidos contra militares por delitos que puedan implicar violación de derechos humanos de víctimas civiles, como lo determinó el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2010.

Competencia 38/2012. Entre el Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Morelos y el Juzgado Quinto Militar, adscrito a la Primera Región Militar. 9 de agosto de 2012. Mayoría de ocho votos en relación con el sentido; votó por consideraciones distintas: José Ramón Cossío Díaz; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 770/2011. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 60/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 61/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 62/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

El Tribunal Pleno, el catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VI/2013 (10a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil trece.

Nota: La ejecutoria relativa al expediente varios 912/2010 citado, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011, página 313.

2.8. REGLAS DE LA PONDERACIÓN (O JUICIO DE PROPORCIONALIDAD)

La ponderación va encaminada a adoptar una decisión para resolver el supuesto litigioso cuando se plantee un conflicto de principios. Para adoptar esa decisión, primero hay que construir una regla de precedencia condicionada, es decir una regla que establece las condiciones y requisitos en que un principio precede al otro, y después hay que formular la decisión propiamente dicha, vinculando a esas condiciones la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia.

Pues bien, la construcción de esa regla, y la adopción de la decisión subsiguiente, ha de ajustarse a una estructura de ponderación que implica cosas distintas, que según el conflicto de principios responda al enjuiciamiento de una norma o medida pública o al enjuiciamiento de una conducta particular. En el primer caso, es decir, cuando el conflicto se plantee entre, por un lado, el principio o norma constitucional que resulta afectada o limitada por una norma o medida pública y, por otro lado, el principio o norma constitucional que pretendidamente constituye el fin o la razón de ser de esa limitación (típicamente, el caso de normas o medidas públicas que afectan Derechos Fundamentales), la estructura de la ponderación implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En el segundo caso, es decir, cuando el conflicto se plantee entre, por un lado, el Derecho Constitucional que avala la conducta del particular y, por otro lado, el derecho, bien o valor constitucional afectado por esa conducta, la estructura de la

ponderación implica tan sólo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de los principios en juego de acuerdo con las posibilidades fácticas del caso, o sea con las medidas posibles para la satisfacción de los principios en el caso. El subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto expresa la pretensión, también contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas del caso, que se determinan fundamentalmente por los principios que juegan en sentido contrario.

En detalle, los pasos del examen de la legitimidad de una norma o medida limitadora son los siguientes.¹⁴⁵

(i) Fin legítimo. La norma o medida limitadora examinada ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho: si no existe tal fin y la medida es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de comparación.

(ii) Idoneidad o adecuación. La norma o medida limitadora examinada ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo. Si esa medida no es adecuada para la realización de ese fin constitucional, ello significa que para este último resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión, y entonces, dado

¹⁴⁵ Tomo la reconstrucción de estos pasos de PRIETO, L., Ob.cit. en nota anterior. Pp. 221 y 222.

que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención. En suma, no se puede afectar o limitar un derecho si con ello no se gana nada. Por lo demás, como indica ALEXY, esta idea es sustancialmente coincidente con el óptimo de Pareto: una posición (la del principio afectado) puede ser mejorada sin que la otra (la del principio perseguido por la medida limitadora) empeore.¹⁴⁶ Finalmente, conviene observar que el subprincipio de idoneidad representa un criterio negativo que permite determinar qué medios no son idóneos; su función no consiste pues en fijar lo idóneo sino en excluir lo no idóneo.

Para ver en qué consiste el juicio de idoneidad, tomemos el ejemplo de ALEXY.¹⁴⁷

La Ley Alemana del comercio minorista, con el fin de proteger a los consumidores de daños económicos o de daños para la salud, exigía a quienes quisieran desarrollar una actividad comercial la obtención de un permiso de la Administración, para lo cual el solicitante debía demostrar el «conocimiento técnico profesional indispensable» para ejercer la actividad de que se tratara.

Un peluquero había colocado una máquina de tabaco en su establecimiento sin contar con el preceptivo permiso de la Administración, y a consecuencia de ello un funcionario le impuso una multa.

¹⁴⁶ ALEXY, R. *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*. REDC. Nº 66. 2002. P.28.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 27.

El peluquero buscó protección jurídica ante los tribunales, y el Tribunal Superior de Saarbrücken, que se ocupó del asunto en segunda instancia, consideró inconstitucional la exigencia de probar los conocimientos técnicos comerciales para el simple hecho de instalar una máquina de tabaco y planteó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Este Tribunal llegó a la decisión de que la exigencia legal de probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías vulneraba la libertad de profesión y oficio del artículo 12 LF, y ello porque dicha prueba no era idónea para proteger a los consumidores de daños económicos o de daños para la salud. En consecuencia esta medida vulneraba el Derecho Fundamental a la libertad de profesión y oficio.

(iii) Necesidad de la norma o medida limitadora examinada. Ha de acreditarse que no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien o principio constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones hay que escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna. O si se quiere que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el Derecho Fundamental o principio afectado. Por lo demás también el subprincipio de necesidad es coincidente con el óptimo de Pareto: al existir un medio más benigno que otro e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costos para la otra.

Vemos el funcionamiento de este subprincipio con otro ejemplo de ALEXY, donde se confrontan también la libertad de profesión y oficio y la protección de los consumidores.

Una ordenanza del Ministerio Alemán para la juventud, la familia y la salud prohibía la comercialización de dulces que aun conteniendo cacao en polvo estuvieran hechos básicamente de arroz inflado y por lo tanto no fueran productos que cumplieran todas las exigencias del chocolate. La finalidad de la ordenanza era proteger a los consumidores de posibles errores al comprar este tipo de productos.

El Tribunal Constitucional Federal consideró que tal prohibición de circulación sí era idónea para proteger a los consumidores, pero no era necesaria, porque había un medio igualmente idóneo pero menos restrictivo: el deber de marcar y etiquetar estos productos, que podía prevenir el riesgo de confusiones <de una manera igualmente eficaz, pero menos gravosa.

Y una última consideración. El análisis de la idoneidad y la necesidad requiere hacer juicios de pronóstico sobre si tal medida será o no idónea o más benigna que otra para la consecución de un fin, por lo que no siempre resulta fácil. Así, puede resultar que no haya un conocimiento sólidamente fundado sobre la idoneidad o no de la medida restrictiva examinada, o sobre si esa medida resultará más o menos benigna que las otras medidas alternativas. Este supuesto, al que ALEXY, denomina el problema del margen de acción epistémico, empuja a ser diferente con el legislador: si no hay conocimientos científicamente fundados que claramente orienten

los exámenes de idoneidad y de necesidad, entonces hay que reconocer la competencia del legislador para decidir con qué medios restringir los Derechos Fundamentales.

(iv) Test de proporcionalidad en sentido estricto, que encierra el núcleo de la ponderación, aplicable esta vez tanto al enjuiciamiento de normas y medidas públicas como al enjuiciamiento de conductas de los particulares. Este requisito consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora (o con la conducta de un particular) examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida (o conducta) se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional. ALEXY lo formula así «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».¹⁴⁸

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto puede desglosarse en tres pasos. Primero hay que definir el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, es decir hay que definir la intensidad de la intervención en el principio. Después hay que valorar la importancia de las razones para la intervención; es decir hay que valorar la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario Y finalmente hay que decidir si la importancia de las razones para la intervención justifica la intensidad de la intervención. Es evidente que en algunos casos resultará

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Cit. P. 161.

relativamente fácil medir estas intensidades y grados de importancia, pero en otros la cuestión resultara difícil o discutible.

Sigamos con otro ejemplo de ALEXY. La obligación de los productores de tabaco de poner en las cajetillas advertencias sobre los peligros que el fumar comporta para la salud constituye una intervención (de intensidad) leve en la libertad de profesión y oficio. En cambio la prohibición total de tabaco tal vez debería ser considerada como intervención (de intensidad) grave. Si a las razones para la intervención (la protección de la salud basada en datos poco discutibles: que fumar provoca cáncer, enfermedades cardiovasculares etc) se les atribuye una importancia alta, el resultado del juicio de proporcionalidad en el primer caso parece evidente: se consideraría adecuada la medida; o si se quiere, prevalece la necesidad de proteger la salud. En cambio, en el segundo caso, ese resultado ya no estaría tan claro, pues aunque la importancia de las razones para la intervención sea alta, la intensidad de la intervención en la libertad de profesión y oficio también lo es: es una intervención grave.

Y otro ejemplo, esta vez referente a la afectación de un derecho no por una medida pública sino por la conducta de un particular. Me refiero a un supuesto típico de injurias. Supongamos que en una determinada revista R se ha llamado «chaquetero» y «estómago agradecido» a un determinado político P, bien conocido por sus rápidos y variados cambios de afiliación política. Ante una eventual demanda por injurias parece claro que la imposición de una elevadísima multa a la revista R resultaría a todas luces desproporcionada, pues la afectación del honor del político P

parece que habría de calificarse como media o incluso leve, mientras que la intervención en la libertad de expresión de la revista que esa multa supone habría de ser considerada de graveo muy grave. En cambio, si los insultos hubieran sido graves (supongamos, por ejemplo, que el político en cuestión ha salido absuelto de un proceso por estafa y se le insulta llamándole «estafador» y «ladrón»), la imposición de una multa igualmente grave ya no sería tan discutible, o en todo caso podría sostenerse su razonabilidad.

2.9. TRES OBSERVACIONES SOBRE LA PONDERACIÓN

a) Muchos de los casos que deben ser resueltos en la jurisdicción ordinaria se pueden «principalizar» (o constitucionalizar): las reglas aplicables pueden ser convertidas en principios y, a través de la ponderación, excepcionadas para el caso concreto por otro principio.

Los conflictos entre principios que constituyen el ámbito de la ponderación judicial se presentan cuando se confronta un principio constitucional con otro principio o derecho constitucional amparado por la medida o regla legal aplicable al caso que se juzga. En las Constituciones rematerializadas de nuestro tiempo es relativamente fácil vincular una regla a un principio o derecho constitucional: casi siempre habrá alguno. Por tanto (casi) cualquier caso puede, potencialmente, presentarse como un conflicto de principios: basta con poner de relieve el principio o bien constitucional que hay detrás de la regla aplicable y confrontarlo con otro principio constitucional que juega en sentido contrario.

Tomemos como ejemplo el caso utilizado por G. ZAGREBELSKY en *El derecho dúctil*: el caso Serena S es una niña que ha sido introducida ilegalmente en el país y que vive con un matrimonio que la tiene como hija. La situación de hecho es ilegal, pero ya se ha prolongado durante más de un año mediante las estratagemas usadas por el matrimonio (primero una falsa declaración de paternidad natural del marido y luego la solicitud de adopción o acogimiento). El resultado es que S se ha integrado perfectamente en su nueva familia, vive plenamente feliz y por nada del mundo quisiera abandonar esta situación: los informes de los psicólogos así lo acreditan. Pero el caso es denunciado y llega a los Tribunales de Menores.

Existe una ley aplicable al caso que establece claramente que ><son nulas las adopciones realizadas con infracción de los trámites». La consecuencia de la aplicación de esta ley es la devolución de S a las autoridades, que darán a la niña en acogimiento mientras se tramita su eventual adopción por otra familia.

Pero a los Tribunales de Menores se les plantea un problema: si se aplica la ley se produciría un perjuicio para la niña, que ya está integrada en su familia adoptiva; si atienden al bienestar y felicidad de la niña y no la separan de su nueva familia, estarán incumpliendo la ley. Luego, ¿qué hacer? Se puede convenir el caso en un conflicto de principios que debe ser resuelto mediante ponderación.

Los Jueces argumentan que la razón de ser de la ley es la >protección de todos los niños» evitando la compraventa de menores. Se trata del «principio de solidaridad», sugiere ZAGREBELSKY. Pero hay otro principio en juego que es

preciso considerar; el de la “protección de la infancia”, que obliga a velar por el bienestar de la niña. Por tanto, el caso puede reformularse como un conflicto entre el principio de solidaridad, que obligaría a reaccionar ante las conductas que propicien el tráfico de menores, y el de protección de la infancia, que obliga a actuar de acuerdo con el interés y bienestar del menor.

Obsérvese que, en cuanto conflicto de principios, el caso ha de ser resuelto mediante la ponderación de los principios en juego, y si el resultado de esa ponderación es una resolución que da prevalencia al principio constitucional esgrimido frente al principio que justifica la regla legal, se habrá excepcionado esa regla en el caso concreto; si se quiere, habremos ascendido desde la regla hasta el principio que la fundamenta para después, mediante un juicio de ponderación, inaplicarla. Por eso puede decirse que la principalización de los casos es un medio para excepcionar o excluir la aplicación de la regla en el caso concreto. Y por eso esta principalización tiene lugar, sobre todo, cuando la rígida aplicación de la regla, sin atender a las circunstancias del caso, conduce a resultados que son sentidos como gravemente lesivos de algún otro bien o valor constitucional. De todos modos, esta conversión de reglas en principios y la subsiguiente necesidad de ponderar es obligada cuando se alegue (o cuando esté clara) la concurrencia de una libertad fundamental frente a una norma limitadora: en estos supuestos el Juez está obligado a ponderar; es decir «a tomar en consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental».¹⁴⁹

¹⁴⁹ Así lo exige el Tribunal Constitucional español (STC 159/85, F8).

Al respecto, nuestra Jurisprudencia, establece lo siguiente, relacionado con el interés superior del menor:

Tipo de documento: Tesis aislada

Décima época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: Libro XVIII, Marzo de 2013

Página: 887

INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. EL ARTÍCULO 4o. PÁRRAFO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REPRESENTA UN PUNTO DE CONVERGENCIA CON LOS DERECHOS DE LA INFANCIA RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES. El interés superior de la infancia, reconocido expresamente en el artículo 4o., párrafo octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma constitucional de 12 de octubre de 2011, exige la "garantía plena" de los derechos de niñas y niños. Ahora bien, aun cuando el significado de la expresión "los derechos" puede parecer vaga, resulta importante destacar que el texto del que deriva es similar al del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en la parte que reconoce el derecho de los menores de edad a ciertas "medidas de protección" que, al igual que en la Constitución General de la República, no se enuncian. En este sentido, la aparente vaguedad en los términos empleados obedece a que ninguno de los dos cuerpos normativos antes citados constituye un instrumento especializado en la protección de los derechos de la niñez; sin embargo, ambos reconocen la importancia de establecer expresamente una fórmula que dé entrada a los distintos derechos o medidas previstas en los ordenamientos que sí se especializan en la materia; de ahí que la falta de una

regulación específica del catálogo de los derechos que conforman el corpus iuris de protección de la niñez a nivel constitucional y convencional no implica su desconocimiento, sino, por el contrario, constituye una remisión expresa a los instrumentos que en forma especializada cumplen con dicha misión. Consecuentemente, el citado artículo 4o., párrafo octavo, representa un punto de convergencia con los derechos de los menores de edad reconocidos en tratados internacionales y constituye un parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez, como el que establece el artículo 1o., párrafo segundo de la Constitución General de la República respecto de los derechos humanos en general.

Amparo directo en revisión 2479/2012. 24 de octubre de 2012. Cinco votos.
Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Ahora bien, la posibilidad de principalizar un caso (y por tanto de excepcionar la aplicación de la ley en el mismo) es inversamente proporcional al grado de concreción de la ley aplicable. Como observa PRIETO SANCHÍS, cuanto más se parece un precepto legal al principio que lo fundamenta, es decir cuanto menor sea la concreción de su condición de aplicación, menor será la posibilidad de ser considerado inconstitucional pero menor ha de ser también la capacidad de dicho precepto para evitar la ponderación judicial. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el tipo penal de injurias o con las normas de protección civil del derecho al honor: la falta de concreción de su condición de aplicación es tal, que difícilmente impiden una ponderación judicial en el caso concreto, que puede conducir a su postergación a favor de la libertad de expresión o de información.

Por el contrario, a mayor concreción de la condición de aplicación de una ley, mayor peso tiene ésta a la hora de evitar una ponderación judicial aunque mayor será también la posibilidad de que sea declarada inconstitucional. Así sucede, por ejemplo, con la norma que prohíbe manifestarse ante el edificio del Congreso de los Diputados: su concreción es tal, que hace prácticamente innecesaria la ulterior ponderación judicial. En conclusión «cuanto mayor es el número y detalle de las propiedades fácticas que conforman la condición de aplicación de una ley, más inviable resulta la ponderación de la justicia ordinaria».¹⁵⁰

b) La ponderación no excluye la subsunción. Suele decirse que la ponderación es el método de resolución judicial alternativo a la subsunción. Ahora bien, la ponderación no excluye la subsunción, no constituye en sentido estricto una alternativa a la misma. Desde luego es cierto que cuando el caso no se plantea como un conflicto de principios y no es necesaria la ponderación, el Juez debe limitarse a subsumir el caso en la condición de aplicación de la ley. Pero cuando existe un problema de principios y es necesaria la ponderación, la subsunción no queda postergada. Y ello por dos razones.

En primer lugar, porque «el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso ‘subsumir’, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios»:¹⁵¹ por ejemplo, para

¹⁵⁰ PRIETO L. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Cit. p. 221.

¹⁵¹ *Ibíd.* P. 217.

decidir, mediante un juicio de ponderación, si las declaraciones de una persona constituyen un delito de apología del terrorismo o por el contrario son un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, primero hay que decidir que el caso enjuiciado puede ser subsumido tanto en el tipo penal como en el Derecho Fundamental. Y en segundo lugar porque, una vez ponderados los principios en pugna y establecida la regla de decisión> ésta funciona como la premisa mayor de un razonamiento subsuntivo con el que culmina el proceso de aplicación.

c) El control de la ponderación judicial plantea tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.-

En muchos sistemas de justicia constitucional, el control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales suele ejercerse mediante el amparo, ante la jurisdicción constitucional por violación de derechos. Pero el amparo constitucional frente a decisiones judiciales por violación de derechos es, por muchas razones, el verdadero campo de fricciones (y en ocasiones de auténticos conflictos institucionales) entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, sobre todo allí donde constituyen dos órdenes separados. Y es que desde el momento en que un mismo caso puede ser visto por dos jurisdicciones (la ordinaria y la constitucional) las fricciones son inevitables y resulta prácticamente imposible establecer criterios de competencia.

El problema ha de analizarse a la luz de las distintas competencias que ambos órdenes jurisdiccionales tienen atribuidas: la resolución de un conflicto concreto, previa selección de la normativa aplicable y previo conocimiento de los hechos que lo

han originado, es tarea del juez ordinario; el Juez Constitucional, en cambio, debe limitarse a enjuiciar la constitucionalidad de esa resolución judicial con independencia de los hechos (es decir, del caso concreto) que originaron el conflicto. Muy brevemente, compete a la jurisdicción ordinaria resolver el conflicto conforme a derecho; a la constitucional, evaluar si la actuación judicial es ajustada a la Constitución.

Ahora bien, si en cuanto titular exclusivo de funciones jurisdiccionales (o de aplicación del derecho para la resolución autorizada de los conflictos) es el Juez (y sólo él) quien debe decidir el caso concreto, entonces es él (y sólo él) quien, en su caso, debe ponderar los distintos bienes y valores constitucionales que están en juego. Esto es así porque la ponderación consiste en armonizar o en establecer un orden de preferencia entre los bienes o valores implicados en el caso concreto, y tal orden de preferencia no existe en la Constitución, que es el único parámetro que el Juez Constitucional puede usar. Lo único que el Juez Constitucional puede hacer en amparo es verificar si ha habido ponderación y si tal ponderación es razonable, en cuyo caso declarará la constitucionalidad de tal actuación. En otras palabras, la invalidación de la decisión judicial sólo procede cuando la aplicación judicial de la ley sea inconstitucional, lo que tiene lugar cuando falta absolutamente la ponderación o cuando ésta es irrazonable.

Así, por ejemplo, ante una eventual colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, el Juez (penal) no está obligado *a priori* a otorgar preferencia a uno u

otro de los derechos en juego, sino sólo a ponderar razonada y razonablemente los derechos en juego.

De lo dicho hasta aquí puede afirmarse que la mayoría de los problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional, tanto por sus fricciones con el legislador democrático como por sus fricciones con la jurisdicción ordinaria, traen causa de la existencia de constituciones materiales, cargadas de principios de justicia tendencialmente contrastantes cuyos eventuales conflictos han de ser resueltos mediante un ejercicio de poder notablemente discrecional.

El propio KELSEN defendía un concepto de Constitución como regulación formal de los modos de producción normativa porque advertía ya los problemas que generaría una Constitución que contuviera principios materiales de justicia: «no es imposible, escribía el autor en La Garantía Constitucional de la Constitución, que un Tribunal Constitucional llamado a decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley la anule por ser injusta, al ser la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe aplicar.

Pero entonces, el poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los Jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la

ley.¹⁵² Bien es verdad que este es un problema que no afecta sólo a la jurisdicción constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria, pues, desde el momento en que se acepta la plena fuerza normativa de todos los preceptos constitucionales, su aplicación es tarea encomendada a todos los operadores jurídicos. Pero no cabe duda también que es el Juez Constitucional que de manera más inmediata viene llamado a tomar en consideración tales valores y principios dado que su parámetro de enjuiciamiento se limita (o debe limitarse) a los escuetos preceptos constitucionales.

Ahora bien, la solución de los problemas que generan las Constituciones materiales no parece encontrarse en la adopción de una Constitución formal, al estilo de Kelsen, pues una Constitución así de descarnada hace perder el sentido al constitucionalismo como concepción del derecho plenamente comprometida con el control del poder para la protección de los derechos (también por tanto, o sobre todo de los derechos de las minorías frente al eventual atropello de la mayoría). Además, los principios, al expresar valores y fines respaldados en mayor o menor grado por los diversos grupos sociales posibilitan un pacto constituyente en el que todos pueden reconocerse, lo que contribuye a la integración política en una sociedad plural.

Y este es el drama de la justicia constitucional. La consagración constitucional de derechos y principios materiales de justicia plantea problemas con el legislador democrático y con el Juez. Pero, por otro lado, si ha de tener sentido el pleno control

¹⁵² Kelsen H. *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (la justicia constitucional). Cit. P. 143.

del poder (también del legislativo), es necesario concebir la Constitución no ya (o no sólo) como la carta formal de distribución del poder en el sistema, sino sobre todo (o también) como el reconocimiento de los principios de justicia que han de constituir los cauces por los que transcurra la vida social y política. Estos principios de justicia, además, no son sólo los derechos de participación en el debate democrático, pues la sola garantía de estos derechos aún no protege a la minoría, que puede ser arrollada por una decisión (una ley) de la mayoría; son también la consagración constitucional de las plurales concepciones de justicia presentes en la sociedad. Es decir, la concepción de la democracia a la que debe dar vida la Constitución no es la formal que establece quién decide y cómo se decide, sino la sustancial que establece qué es lo que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede decidir.

Pero la solución tampoco puede ser auspiciar Constituciones de detalle, porque el marco de valores constitucionales tiene que ser lo bastante abierto como para no producir asfixia legislativa, es decir, para que siga teniendo sentido afirmar que corresponde al legislador democrático, de acuerdo con las concepciones valorativas de su tiempo, determinar el contenido de los principios y resolver las colisiones entre ellos dentro de los límites permitidos por la Constitución (o sea, sin que ninguno de los valores constitucionales sea objeto de un sacrificio desproporcionado). Si alguna virtualidad democrática tiene la concepción abierta de las Constituciones de principios es justamente eso: que se traslada (o así debería ser) al legislador la definición concreta de las conductas que en cada momento histórico han de realizar los valores y fines expresados por los principios constitucionales.

Teniendo en cuenta que el parámetro de control que ha de usar la jurisdicción constitucional es una Constitución cargada de cláusulas abiertas y principios materiales de justicia de significado altamente conflictivo, y teniendo en cuenta además que, en vista de la protección de derechos, hay una tendencia a introducir en el ámbito de la Justicia Constitucional (incluso en los sistemas de control concentrado) mecanismos de defensa de los derechos frente a los actos de los jueces ordinarios, parece que lo único que cabría pedir de la jurisdicción constitucional es un ejercicio de autocontención; un *self restraint* que permita mantener las saludables fronteras entre el juicio de constitucionalidad, por un lado, y el juicio político y el de legalidad, por otro.

Naturalmente con ello no se pretende quitar un ápice de fuerza vinculante a la Constitución. Significa tan sólo que la Constitución, y especialmente su parte material o programática, no ofrece una respuesta unívoca a todos y cada uno de los casos o conflictos que puedan plantearse, sino sólo unos cauces de actuación más o menos amplios dentro de los cuales han de desenvolverse tanto las instituciones políticas como los operadores jurídicos. Sólo si esta saludable autocontención se consigue podremos conciliar la exigencia de garantizar la efectividad de la Constitución con la de garantizar una política democrática, decidida conforme a los mecanismos de producción democrática legislativa.

Para GUASTINI¹⁵³ consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor, y como resultado de ésta un principio (el considerado superior) desplaza al otro y resulta aplicable.

Para GARCIA FIGUEROA¹⁵⁴ el juicio de ponderación consiste en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en este supuesto concreto.

La ponderación es entendida como un límite a los límites de los Derechos Fundamentales, esto es, cuando mediante una medida del legislador (Ley) pretende limitar un derecho fundamental (principio) la ponderación opera para controlar si ese límite es adecuado y necesario para cumplir con los fines que garanticen los derechos fundamentales esto es, se ponderaran los dos principios en conflicto a fin de determinar cual prevalece sobre el otro.

Sobre las concepciones de la ponderación, por un lado hay autores como GUASTINI que la conciben como una actividad discrecional no sujeta a parámetros de control racional, y por otro, autores como ALEXY, PRIETO SANCHÍS que la

¹⁵³ Citado por MORESO, José Juan. "Guastini sobre la ponderación". Revista Isonomia, Instituto Tecnológico Autónomo de México. No. 17. Octubre. 2002. México. P. 231.

¹⁵⁴ GARCIA Figueroa, Alfonso J. y GASCON Abellan, Marina. *La argumentación en el derecho*. 2ª edición. Palestra Editores. Lima. 2005. P. 306.

consideran como un procedimiento racional y por lo tanto que precisa de justificación racional.

2.10. LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Para ALEXY el procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios, entendidos como mandatos de optimización que como tales implican lo que en la terminología jurídica alemana se llama regla de proporcionalidad, que comprende tres subreglas: la regla de adecuación, la regla de necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto.¹⁵⁵

El principio de proporcionalidad es reconocido ampliamente por el Tribunal Constitucional Alemán, el Tribunal Constitucional Español y recientemente por la Suprema Corte de Justicia en México, como puede apreciarse en la siguiente Tesis:

“SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONFORME A LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, CUANDO EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO, ES PREFERENTE AL DE LA QUEJOSA. Conforme a la teoría de los principios, cuando dos derechos fundamentales entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo las características del caso concreto, ponderando cual de ellos debe prevalecer y tomando en cuenta tres elementos: **I) La idoneidad; II) La necesidad; y. III) La proporcionalidad.** El primero se refiere a que

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. “*Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*”. Traducción LARRAÑAGA, Pablo. Revista Isonomía. Número 1. Distribuciones Fontamara. S.A.-ITAM. México. 1994. P. 46.

el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada; el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.

(Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXII, Octubre 2005, Tesis aislada, Tribunales Colegiados de Circuito).

Como puede apreciarse en la anterior Tesis, los Tribunales Colegiados del Poder Judicial de la Federación en México, han aceptado el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios como son, el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, por lo que es muy probable que en posteriores resoluciones veamos más la aplicación del método de la ponderación o principio de proporcionalidad, pues es una realidad que la aplicación de este método garantiza la racionalidad de las decisiones judiciales cuando se trata de resolver conflictos entre principios.

El principio de proporcionalidad se descompone en tres subprincipios, el de adecuación y necesidad que se derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, mientras que el principio de

proporcionalidad en sentido estricto orienta la optimización en relación a las facilidades jurídicas,¹⁵⁶ que a continuación se explican:

1) *Subprincipio de adecuación*, que de acuerdo a ALEXY señala que si una acción no es adecuada para promover la realización de un principio, pero lo es para inhibir la realización de otro principio, está entonces prohibida en relación con ambos principios.¹⁵⁷

Dicho de otra manera, un medio es apto e idóneo para conseguir el fin pretendido cuando con su ayuda es posible promover el fin deseado. Para lograrlo se requiere: a) que el fin perseguido en la medida que restringe o limita el derecho sea constitucionalmente legítimo, y b) que la medida sea adecuada o idónea para la obtención o consecución del fin.¹⁵⁸

2) *Subprincipio de necesidad*, que dice que una acción, con respecto a la cual existe una alternativa que, por lo menos, promueve la realización de uno de los principios, e inhibe menos el otro principio.¹⁵⁹ Es decir, este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el Derecho

¹⁵⁶ LOPERA Mesa, Gloria Patricia. “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”. DOXA. No. 27. Alicante. 2004. P. 214.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción MALEM SEÑA, Jorge. 2ª edición. Editorial Gedisa. Barcelona. 2004. P. 205.

¹⁵⁸ MARTÍNEZ Zorrilla, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. P. 240.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción BERNAL PULIDO, Carlos. Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles de España. Madrid. 2004. P. 41.

Fundamental afectado.¹⁶⁰ O también este principio sirve para analizar si la medida de intervención en los Derechos Fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.¹⁶¹

En resumen de acuerdo con este principio la medida legislativa que pretende restringir un Derecho Fundamental debe cumplir con las siguientes condiciones: a) la medida es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; b) no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor.

Los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible, de tal modo que expresan la idea de óptimo de Pareto.¹⁶²

3) *El principio de proporcionalidad en sentido estricto* que referido a las posibilidades jurídicas se encuentra expresado en la Ley de la Ponderación que expresa: cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro.¹⁶³

¹⁶⁰ CARDENAS GRACIA, Jaime. *La argumentación como derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005. P. 143.

¹⁶¹ SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio de proporcionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2007. P. 45.

¹⁶² De acuerdo al cual una situación es eficiente cuando no puede operarse ningún cambio posible que mejore la posición de alguien sin desmejorar la posición de otro. ALEXY, Robert. Op. cit. P. 41.

¹⁶³ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Op. cit. P. 206.

En la aplicación de este subprincipio relativo a las posibilidades jurídicas es donde más se va a argumentar porque cuanto más se sacrifica un derecho y más se acerca a su núcleo o esencia, mayor necesidad reclamará la medida limitadora, mayor ha de ser el peso de la importancia del bien constitucional que se contrapone.¹⁶⁴

2.11. CLASES DE PONDERACIÓN

Para Manuel ATIENZA la ponderación puede ser de tres tipos:

1) *Ponderación entre principios en sentido estricto*, esto es, entre normas de acción como por ejemplo, entre la norma que prohíbe atentar el derecho a la intimidad y la que garantiza la libertad de expresión.¹⁶⁵

2) *Ponderación entre directrices* entendidas como el proceso de concreción conducente a establecer una serie de medidas a partir de una o varias directrices, por ejemplo la propuesta de medidas dirigidas a facilitar el acceso a la vivienda.

3) *Ponderación entre principios en estricto sentido y directrices*, que se presentaría cuando colisionan una norma de acción y una medida tendiente a desarrollar por ejemplo una garantía social frente a una garantía individual.

¹⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra Editores. Lima. 2002. P. 61.

¹⁶⁵ ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2006. P. 169.

2.12. PASOS Ó ETAPAS DE LA PONDERACIÓN

La ponderación es un método que permite la solución de conflictos entre principios y que tiene su fundamento en la ley de ponderación expresada por Robert ALEXY: *Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o detrimento de un derecho o principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro.*¹⁶⁶ La ponderación es una parte de lo que viene exigido por un principio más amplio que es el principio de proporcionalidad, el cual se descompone en los tres subprincipios ya mencionados: el principio de idoneidad o adecuación, el principio de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, los dos primeros se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible, mientras que el tercero se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas.¹⁶⁷

PRIETO SANCHÍS¹⁶⁸ señala las siguientes fases en la aplicación de la ponderación:

1) Que la medida examinada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro fin o derecho.

2) Acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada, esto

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. P. 102.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Traducción LARRAÑAGA Pablo. Distribuciones Fontamara. México. 2005. P. 61.

¹⁶⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. *"Neoconstitucionalismo y ponderación judicial"*. CARBONELL, Miguel. edit, Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trota-UNAM. Madrid. 2003. P. 150.

es, la actuación que afecte a un principio constitucional a demostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece.

3) La intervención lesiva para un principio o Derecho Constitucional ha de ser necesaria, esto es ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejante la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva, es decir, entre una pluralidad ha de escogerse la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio en pugna.

4) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor, y es aquí donde propiamente rige la ley de la ponderación.

Para este autor de la Universidad de Castilla La Mancha de Toledo, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto.¹⁶⁹

¹⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Op. cit. P. 137.

Para Manuel ATIENZA la ponderación se realiza en las siguientes etapas:

1) Se constata que, ante una determinada situación (la que se trata de resolver) existen principios, valores, que tienen direcciones opuestas y que necesitan algún tipo de ajuste pues todas ellas no pueden satisfacerse al mismo tiempo.

2) Después se establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias, y se aducen razones para ello.

3) Finalmente se construye una regla (una regla de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente.¹⁷⁰

Para Carlos BERNAL¹⁷¹ siguiendo a ALEXY señala que al momento de aplicar la ley de la ponderación o principio de proporcionalidad en sentido estricto se divide en los siguientes pasos:

1) En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.

2) En un segundo paso se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

3) En el tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

¹⁷⁰ ATIENZA, Manuel. Op. cit. P. 170.

¹⁷¹ BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y trámites de la ponderación”. DOXA. Número 26. Alicante. 2003. P. 227.

Para ALEXY una vez llegado a analizar el principio de proporcionalidad en sentido estricto a efecto de determinar la prioridad de los principios antinómicos, la ponderación se descompone en tres etapas que son las siguientes:

En la primera etapa se establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se determina si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio.¹⁷²

Cuando se afecta a un principio constitucional o Derecho Fundamental por una disposición legislativa, la interferencia puede tener diversa intensidad, por lo que ALEXY desarrolla la escala triádica de pesos que puede ser leve, moderado y grave,¹⁷³ la cual depende de la mayor intensidad con que se afecte a un principio, pero si no fuera suficiente esta escala todavía se puede graduar cada una de las afectaciones y así pudiera establecerse las siguientes invasiones a los principios:

- Grave.
- Bastante grave;
- Realmente grave:
- Extremadamente grave.

¹⁷² ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción BERNAL PULIDO, Carlos. Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles de España. Madrid. 2004. P. 49.

¹⁷³ ANDRES Ibañez, Perfecto y ALEXY, Robert. *Jueces y ponderación argumentativa*. Traducción GONZALEZ de la Vega, René. Universidad Nacional Autónoma de México. México. P. 5.

- Moderado.
- Bastante moderado.
- Leve.
- Muy leve.

Posteriormente ALEXY ha construido la “fórmula del peso”¹⁷⁴ con la cual ha recibido las más fuertes críticas debido a que para su aplicación es necesario establecer un grado de afectación a cada uno de los principios en colisión de acuerdo a escalas numéricas, lo cual supone que el intérprete de manera arbitraria establezca la escala de pesos y grado de afectación; algo que, pese a la apariencia de objetividad, dependerá en última instancia de valoraciones subjetivas.

2.13. CRÍTICA AL MÉTODO DE PONDERACIÓN

Contra el método de ponderación se han desarrollado críticas por autores como HABERMAS, Pedro SERNA quienes han sostenido que la ponderación o balanceo de dos principios en conflicto es un procedimiento arbitrario que deja a discreción del intérprete sin ser posible su racionalidad mediante parámetros objetivos; y así podemos resumir como críticas las siguientes:

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. “*Ponderación, control de constitucionalidad y representación*”. ANDRES Ibañez, Perfecto, y ALEXY, Robert. *Jueces y ponderación argumentativa*. Traducción GONZALEZ de la Vega, René. Universidad Nacional Autónoma de México. México. P. 6.

- La jerarquía que se establece entre los principios al momento de ponderarlos, no es suficiente para resolver litigios, porque en ellos lo que se plantean son las pretensiones de las partes y no la colisión entre principios.

- No existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios, esto es la mayoría de los casos se acude a criterios subjetivos que dependen enteramente del Juez.

- La ponderación implica sacrificar un derecho, pues al momento de preferir un principio sobre el otro siempre va a haber un dilema que va a afectar a una de las partes en el juicio, pues detrás de cada principio constitucional existe un derecho que beneficia a uno de los interesados en el proceso.

- El balanceo es arbitrario porque depende enteramente de la discrecionalidad de quien resuelve el conflicto entre principios, y también es utilitarista porque al final o como último paso de la ponderación se establece la elección en términos de sacrificios, daños y beneficios.

- La ponderación de valores no se puede pesar en números, porque siendo los principios constitucionales o Derechos Fundamentales instrumentos para desarrollar los más altos valores del ser humano, no existe una jerarquía en ninguna Constitución que determine cual principio tiene más valor, esta crítica se dirige contra ALEXY y su fórmula del peso que incluye valores numéricos.

- Tiene un déficit de racionalidad que no se puede controlar fácilmente, porque dependerá de cada caso concreto y de los procedimientos que para ponderar los principios realice el aplicador.

Carlos BERNAL PULIDO¹⁷⁵ señala como objeciones a la aplicación del principio de proporcionalidad las siguientes:

- El principio de proporcionalidad como un criterio irracional y subjetivo, pues este principio es un argumento formal, vacío, sólo una metáfora carente de todo punto de referencia objetivo, un tópico ininteligible, que gracias a su fuerza persuasiva ostenta una gran capacidad para enmascarar las valoraciones subjetivas e irracionales del Tribunal que no pueden ser explicadas ni controladas mediante criterios jurídicos.

- La falta de puntos de referencia para la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, un punto de apoyo semejante sólo podía consistir en un orden jerárquico de los diversos derechos y sus contenidos, a partir del cual se pudiese establecer en cada caso concreto, que derecho debe prevalecer sobre los demás.

¹⁷⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005. P. 161.

- La falta de claridad conceptual del principio de proporcionalidad, ya que expresiones como: razonable, idóneo, importante, proporcionado, adecuado, necesario o indispensable no están dotados de un sentido depurado en el uso común y por lo tanto dan lugar a confusiones cuando se utilizan como criterios decisivos para optar por una u otra solución en casos concretos.

- El argumento de la inconmensurabilidad, esto es, no se puede medir lo que no es susceptible de ser medido, pues el examen de proporcionalidad en sentido estricto no dispone de un rasero común establecer si el menoscabo de un Derecho Fundamental se compensa por las ventajas que ofrece la medida restrictiva.

- Las dificultades para identificar los derechos y bienes objeto de la ponderación, es decir, cuáles son los derechos o bienes que ostentan la capacidad de producir un conflicto constitucional que deba ser resuelto mediante la aplicación del principio de proporcionalidad; y esta dificultad se dirige en primer lugar a determinar cuáles son las disposiciones de Derecho Fundamental que aparecen en la Constitución; en segundo lugar, es necesario especificar que tipo de disposiciones legislativas dan lugar a la aplicación del principio de proporcionalidad; en tercer lugar se dificulta definir cuáles los bienes y derechos capaces de justificar las intervenciones legislativas en los Derechos Fundamentales y que por lo tanto deben ser tenidos en cuenta en la aplicación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Frente a estas críticas han salido en defensa del principio de proporcionalidad o método de la ponderación ALEXY, BERNAL PULIDO y PRIETO SANCHÍS, y este último no cree que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío, porque si bien no garantiza una y sólo una respuesta para cada caso práctico, si nos indica que es lo que hay que fundamentar para resolver un conflicto entre el derecho y su límite, es decir hacía donde ha de moverse la argumentación.¹⁷⁶

El método de ponderación de Robert ALEXY¹⁷⁷ permite una mayor racionalidad en la argumentación para dar prioridad a un principio, en lugar del sistema que siguen los Tribunales consistente en una jerarquía axiológica que depende enteramente del arbitrio del intérprete.

A continuación desarrollaremos la argumentación de la ponderación¹⁷⁸ o también llamado por los tribunales alemanes, españoles y mexicanos, principio de proporcionalidad que a su vez se descompone en los tres subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, pero vamos a realizarlo siguiendo los pasos de Carlos BERNAL PULIDO:¹⁷⁹

¹⁷⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra Editores. Lima. 2002. P. 72.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Traducción GONZALEZ DE LA VEGA, René. Distribuciones Fontamara. México. 2005. P. 93.

¹⁷⁸ GALINDO SIFUENTES, Ernesto. "Un caso de ponderación judicial". Revista reforma judicial. Número 10. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. Julio-Diciembre 2007. P. 111.

¹⁷⁹ BERNAL PULIDO, Carlos, op. cit., p. 148

i) *Adscripción de la posición y uso fundamental prima facie*. En este primer momento se debe determinar si uno de los principios afectados son fundamentales o garantías individuales de nivel constitucional.¹⁸⁰

ii) *Catalogación de la norma legislativa como una intervención en el Derecho Fundamental*. Esto consiste en verificar que una ley derivada de un derecho fundamental constituye una intervención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante, es decir, que hay una disposición que pretende restringir o afectar un derecho fundamental, por eso el principio de proporcionalidad funciona como un límite a los límites de los Derechos Fundamentales.

iii) *Análisis de la proporcionalidad de la intervención legislativa en el Derecho Fundamental*.

a) *Examen de idoneidad de la intervención*. El subprincipio de idoneidad consiste en determinar si el grado de afectación a un principio, es una medida idónea, es decir, si la intervención tiene un objetivo legítimo y si es idónea para alcanzarlo o por lo menos para favorecer a su intención.

b) *Examen de necesidad de la intervención*. El subprincipio de necesidad consiste en determinar si los objetivos perseguidos con intervención del principio en el Derecho Fundamental habrían podido alcanzarse con la adopción de medidas más benignas con el derecho intervenido; se trata de determinar si la autoridad disponía

¹⁸⁰ Idem p. 131.

de medidas alternativas por lo menos igualmente idóneas para alcanzar sus propósitos y que además implicarán restricciones menos gravosas que afectarían al principio.

c) *Examen de proporcionalidad en sentido estricto*. La proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen a través de la medida limitadora y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho.¹⁸¹ Este subprincipio es probablemente el más importante pues aquí es donde se pondera propiamente los dos principios que colisionan.

Como puede verse, siguiendo estos pasos se alcanza una decisión mas racional porque permite en cada uno de ellos realizar una argumentación a favor de uno de los principios que están en conflicto lo cual se puede lograr tanto en sede judicial como en sede legislativa, esto es, los legisladores pueden ponderar o realizar el test de proporcionalidad cuando un principio o Derecho Fundamental pretende afectar a otro principio antes de hacer una reforma o crear una ley y con ello se garantizaría *ex ante* su racionalidad.¹⁸²

¹⁸¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. “*Tribunal constitucional y positivismo jurídico*”. Curso de postgrado “*Constitucionalismo y democracia, nuevos paradigmas de la teoría del derecho*”. Universidad de Castilla La Mancha. Toledo. 2002.

¹⁸² GALINDO SIFUENTES, Ernesto. Op. cit.

CAPITULO III

EL ESTADO CONSTITUCIONAL: DEL RULE OF LAW AL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: APROXIMACIÓN A LOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO.

3.1. REFLEXIONES INICIALES

La lucha contra el Estado absoluto constituye la piedra angular del proceso de creación del Estado de Derecho. Si bien en esta lucha cada país, conforme a sus necesidades propias y al respaldo teórico de sus pensadores, hace que sus modelos asuman características propias, también mantiene en común la idea de enfrentarse al Estado absoluto. La pugna inicia en los siglos XVI y XVII, de ahí, el Estado de Derecho, inicia un viaje -difícil pero interesante- en el camino de la historia. Este recorrido marca singularidades cronológicas derivadas del tránsito por los años, los cuales indican la llegada a una estación así como su inmediata partida hacia otra y cuyo destino final se pierde en la actualidad permanente.

3.2. LOS MODELOS CLÁSICOS

La Edad Media se coloca la túnica de la maternidad del Estado de Derecho. Antes de esta no es posible hablar de Estado de Derecho. Es innegable que ya en el Derecho griego, el romano, el inglés y el francés tenían figuras de limitación al poder y de beneficio a los ciudadanos. No obstante, la diferencia es marcada: a) antes de la Edad Media no se había justificado un poder con las características totales del Estado absoluto, es decir, un Estado que se vuelve autoridad suprema tanto en el interior como en el exterior: nada arriba de él y todo debajo de él; b) No se presentaba la figura del rey como único protagonista de la política y símbolo de la unión de la comunidad; c) En la Edad media los ciudadanos exigen explicación del uso del poder; d) En la Edad Media se erige la Constitución con una función normativa más que descriptiva.¹⁸³

Ciertamente, el Estado absoluto es la respuesta histórica a las luchas internas y externas que viven las ciudades occidentales. Por un lado, antes del Estado absoluto, las ciudades occidentales sufren la intensidad de los conflictos religiosos, el caos por el crecimiento económico y la falta de reglamentación del comercio y del territorio. Con el Estado absoluto se sustituye la religión por la política y se atenúan los conflictos; se enfrenta, con reglamentaciones administrativas, la gran expansión económica y se resuelven los problemas territoriales. Por el otro, antes del Estado

¹⁸³ Este punto lo tomo de la obra del profesor Rolando Tamayo quien escribe: “La constitución de la comunidad es siempre la manera de ser de la organización política, es más una descripción que una norma. Para que la constitución sea comprendida como legislación negociada (pactos, cartas, etcétera), en que se establezcan prerrogativas y obligaciones de gobernantes y súbditos es necesario esperar la renovación de las bases de la comunidad política que se realiza, justamente en la edad media”. TAMAYO Salmorán, Rolando. *Introducción al Estudio de la Constitución*. Fontamara. México. 2002. P. 51 y 52.

absoluto, las guerras entre países son constantes y la Edad Media viene a instaurar el sistema consular como mecanismo de pacificación en la comunidad internacional y con estricto apego al respeto de la soberanía nacional. Con ello podemos ver que el Estado absoluto se erige como una solución saludable de los problemas que se vivían en la época. No obstante, el medicamento se transforma en enfermedad y surgen nuevos problemas con el Estado absoluto: un abuso del poder del rey sobre los súbditos. Los problemas que parecían haberse solucionado -religiosos, económicos, territoriales- vuelven a cobrar vigor y actualidad. El rey, al ser el centro de unidad política, el Jefe Supremo de las ciudades y el representante de unión en los países, se llena de soberbia y reclama un lugar único y omnipotente. Reflejo fiel de esta postura es la famosa frase atribuida al **Rey Luis XIV**: “El Estado soy yo”.

Los reyes alegaban un derecho natural y delegado directamente de Dios,¹⁸⁴ pero los Parlamentos no aceptaban esta visión: las luchas entre Parlamentos y Reyes fueron constantes; el ejemplo paradigmático es el de Inglaterra.

Ante esta situación se crean dos figuras que ubicaremos como modelos clásicos del Estado de Derecho: el *rule of law* y el *Rechtsstaat*.

El *rule of law* nace en Inglaterra y el *Rechtsstaat* en Alemania. Ambos se enfrentan al Estado absoluto medieval pero asumen características diversas. El primero, bajo la idea de libertad, se aleja de cualquier absolutismo -incluida la ley-, el

¹⁸⁴ Un ejemplo representativo de respaldo teórico del derecho divino de los reyes a gobernar es elaborado por Filmer en su obra *Patriarca. Or the natural power of Kings* (1680).

segundo, bajo la idea de la razón, cambia de lugar el poder absoluto: lo despoja al Rey para depositarlo en manos de la ley, pues esta representa la razón. Si se necesitara definir por una característica esencial a cada uno de ellos diríamos que el *rule of law* es un Estado de Derecho de libertad y el *Rechtsstaat*, de razón.

El *rule of law* no presupone un Estado sino más bien parte del presupuesto de un poder político -que no necesariamente tiene que ser el Estado- y por ello es el poder político quién debe estar sometido al Derecho. A su vez, el Derecho está guiado por la justicia, misma que se traduce en la idea de libertad: se obedecen las órdenes no porque estén dadas por una autoridad, sino porque las órdenes son dadas conforme a la justicia y cuyo objetivo principal es permitir el mayor número de libertades de los ciudadanos.¹⁸⁵ Se crea así el poder político mínimo: la mayor libertad para el individuo y la menor intervención posible de Estado. “No lleva al extremo la regulación legal de todo ni la persecución de toda queja ante los Tribunales de Justicia”.¹⁸⁶ En concreto: busca la libertad negativa.

El *rule of law* es una figura centrada en el concepto de libertad acuñada por la concepción clásica de las doctrinas liberales del siglo XVII y XVIII.¹⁸⁷ Es decir, el

¹⁸⁵ Cfr. PEREIRA Menaut, Antonio Carlos. *Rule of law o estado de derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2003. P. 18 y 19.

¹⁸⁶ PEREIRA. Op. Cit. P. 42

¹⁸⁷ Me refiero a la denominada comúnmente libertad negativa o libertad de la teoría clásica liberal que BOBBIO explica de la siguiente manera: “Hay dos formas principales de entender el término ‘libertad’ en el lenguaje político, de las que ya me he ocupado en otra ocasión. ‘Libertad significa o bien facultad de realizar o no ciertas acciones, sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal; o bien, un poder de no obedecer otras normas que las que me he impuesto a mí mismo. El primer significado es constante en la teoría liberal clásica, según la cual ‘ser libre’ significa gozar de una esfera de acción, más o menos amplia, no controlada por los órganos del poder estatal; el segundo significado es el que emplea la

Estado de Derecho inglés se preocupa por permitir el mayor número de posibilidades de sus ciudadanos para actuar en los diversos campos de su vida: el social, el público o el privado. Una libertad que sobreentiende al poder político como “un mal necesario” y cuya interferencia debe ser la excepción y no la regla general. El hombre, recordaba LOCKE, en su estado de naturaleza está en un estado de perfecta libertad. Puede hacer todo lo que le quiera sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre excepto aquello que vaya en contra de la propia naturaleza (por ejemplo, alguien que quiera saltar y caminar al mismo tiempo).

Pero el Estado de naturaleza no puede permanecer debido a que existen miembros que, invocando su libertad, invaden la libertad de otros y crean con ello un estado de guerra permanente. Para evitarlo es necesario llegar a un acuerdo en el cual la libertad personal ceda paso a la vida en común para que todos vivan en armonía. Este acuerdo no implica la pérdida de la libertad, al contrario, asegura la libertad pues cada uno podrá seguir ejerciendo su libertad con los límites necesarios para asegurar la libertad de todos. Centra su fuerza en la voluntad y en el contrato entendido como mecanismo de protección de la justicia. En otras palabras, el contrato no es un contrato para llevar a plenitud la voluntad de las partes (sean cualesquiera que sean los deseos) sino más bien, una voluntad que debe estar encaminada a la búsqueda de la justicia.

teoría democrática, para la cual ‘ser libre’ no significa no tener leyes, sino darse leyes a sí mismo. BOBBIO, Norberto. *Teoría general de la política*. Trotta. Madrid. 2003. P. 113.

Además, el *rule of law* niega cualquier poder absoluto. Para el modelo inglés el poder absoluto es malo, por ello lo que busca un equilibrio de los diversos poderes y la limitación de ellos; no es propiamente una voluntad soberana, sino más bien, una voluntad en busca de la justicia, pero sobre todo el respeto a la libertad. El *rule of law* aventaja a sus similares en este punto. Quizás alguien se sienta tentado a manifestar que este modelo al ser imperio de la ley, este se convierte en el poder absoluto pero es necesario aclarar que ni a él mismo se le permite situarse como poder absoluto. Aquí hay una huella de liberalismo extremo por excelencia.

Nadie, ni nada, puede ser poder absoluto de un individuo más que él mismo. De nuevo LOCKE expresa con claridad este punto pues indica que cuando alguien quiera separarse del gobierno que lo protege y que lo limita es libre de hacerlo. Invoca a la historia como ejemplo evidente “pues lo cierto es que la historia ofrece ejemplos abundantes, tanto sagrados como profanos, de hombres que se apartaron de la jurisdicción en la que habían nacido y se negaron a obedecerla; y también se apartaron de la familia o comunidad en la que se habían criado, estableciendo nuevos gobiernos en otros lugares”.¹⁸⁸ Para el *rule of law*, la ley y el derecho son entendidos como un proceso inacabado, en constante renovación y que requieren particularizar las situaciones lo más posible en busca de una mejor aplicación justa. Por ello las legislaciones sólo cobran importancia al momento de ser aplicados por los juzgadores. Los juzgadores tienen en sus manos la función de materializar las leyes en nombre del espíritu de la sociedad y no del legislador.

¹⁸⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Alianza. Madrid. 2000. P. 127.

Los acontecimientos sociales e históricos son la guía de una aplicación correcta de las leyes y no se puede descontextualizar aquellas de estos fenómenos. ZAGREBELSKY hace referencia a esta característica cuando indica que para el *rule of law* el derecho es un proceso inacabado, abierto, imperfecto y por lo cual está sujeto a constantes cambios y mejoras. El derecho no es lo que está en la ley sino en la aplicación que hacen los Jueces de ella¹⁸⁹ y los principios intrínsecos que deben buscarse en todo precepto normativo a través de la lectura de las costumbres, lo razonable y la concepción generalmente aceptada de lo justo o injusto.¹⁹⁰ Por ello, el *rule of law* nunca podrá concebirse como carente de sustancia: en términos actuales, la vigencia no es constitutivo de derecho. Una ley, a pesar de ser aprobada por el órgano competente no puede considerarse derecho si no lleva en si elementos de materialidad. Esta forma de ver al derecho se debe a que los ingleses consideran que los ciudadanos tienen derechos innatos y ellos son independientes de que cualquier poder público quiera o no reconocerlos.

Cerremos el modelo inglés y comencemos con el alemán. El término *Rechtsstaat* es acuñado por el alemán Robert VON MOHL en 1829. No obstante, la construcción teórica se remontan al periodo ilustrado del pensamiento occidental y KANT se sitúa como el teórico precursor de un Estado de Derecho fundamentado sobre la razón. En su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, KANT señalaba: “Toda

¹⁸⁹ La última palabra para determinar el derecho lo tienen los jueces y no los legisladores. Por ello los jueces no pueden invocar, como en el caso de algunos países, el espíritu del legislador para interpretar una ley. Para un verdadero seguidor del *rule of law* es incompatible aceptar “el espíritu del legislador” y su guía es “el espíritu del derecho”.

¹⁹⁰ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta. Madrid. 2003. P. 26 y ss.

ley práctica representa una acción posible como buena y, por tanto, como necesaria para un sujeto capaz de determinarse prácticamente por la razón”.¹⁹¹

La razón se convierte en la estrella guía de todas las acciones, y encuentra, el filósofo alemán, que la voluntad descansa en la autonomía de poder dictarnos nuestras propias leyes. Al dictarnos las leyes que nos regirán, aquéllas se convierten en un medio necesario de mantener la armonía y la justicia de la sociedad. El Estado de Derecho al ser un Estado de razón, en los términos aludidos, se convierte en la cúspide de las sociedades. Es importante observar que, a diferencia de su homólogo inglés, este modelo parte necesariamente de la idea de un Estado y en esto descansa un ingrediente adicional: la unificación nacional. Si bien esto último no es de KANT, es indudable que el *Rechtsstaat* al materializarse en la sociedad alemana se bañó de altas dosis de nacionalismo que por mucho tiempo ha existido en el país alemán.

Al ser el Estado de Derecho un Estado que persigue los principios de la razón, este y consecuentemente la ley se convierten en el soberano absoluto. Como se indicó en líneas arriba, el *rule of law* acabó con los poderes absolutos; el *Rechtsstaat* trasladó ese poder del rey a las leyes y al derecho. La ley, ahora se erige como absoluta: nada encima de ella y todo debajo de ella. Esto ocasiona que el curso de este modelo siga un camino diferente del inglés. Ahora ya no serán los jueces los que tengan importancia: será el legislador quien determinará la “razón” del derecho. La ley no puede variar y tiene que ser única. No pueden permitirse, al igual que los

¹⁹¹ KANT, Manuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Porrúa. México. 2003. P. 37.

ingleses, que la ley es un proceso inacabado; por el contrario la razón es universal y permanente y no se puede modificar.

La ley “rey de reyes” lo debe prever todo y por ello el sistema alemán tiende a realizar una minuciosidad de reglamentaciones en nombre del Estado de Derecho. Se convierte en un Estado legislativo y administrativo. Esta doble función se levanta gracias a las doctrinas positivistas y administrativistas del derecho.¹⁹² Vistas así las cosas, un aspecto principal se constituye en elemento distintivo del Estado de Derecho: la predeterminación legislativa.¹⁹³

Esta predeterminación legislativa permite llegar a la conclusión -muy discutida en los años 50s y 60s- de que bastaba la reglamentación positiva para que hubiera Estado de Derecho. Es decir, no importaba la sustancia sino simplemente el aspecto formal. Hoy en día es difícil que alguien mantenga esa postura ya que es una concepción mayoritariamente aceptada que el Estado de Derecho tiene que contar con un aspecto formal y uno material -sustantivo en expresión de FERRAJOLI-. Pero en un momento histórico tal evidencia no era tan aceptada y se elevaba el positivismo jurídico radical como criterio de legitimidad. “La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica-concreta: la concertación de la producción legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho —esto es, los derechos y la justicia— a lo dispuesto por la ley”.¹⁹⁴

¹⁹² Hoy en día el *Rechtsstaat*, aun es estudiado con profundidad por los teóricos del derecho administrativistas. El ejemplo más claro es el de Eberhard Schmidt-Assmann.

¹⁹³ Cfr. ZAGREBELSK, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta. Madrid. 2003. P. 22.

¹⁹⁴ *Ídem*, p. 33.

Otra particularidad del *Rechtsstaat* es su alto grado de tecnicismo. Al ser la razón el elemento rector del Estado de Derecho, todas sus instituciones debe tener una garantía de certeza y esta sólo se logra a través de herramientas especializadas y técnicas (basta comparar a los teóricos alemanes con los ingleses para corroborar los niveles de tecnicismos tan distintos que utilizan).

3.3. ESTADO DE DERECHO EN EL SIGLO XX

Paralelamente de la gestación del *rule of law* y del *Rechtsstaat* pensadores socialistas como Saint-SIMON, Charles FOURIER y Robert OWEN escribían sobre las deficiencias del liberalismo y la desigualdad económica. Más adelante y con nuevos bríos Karl MARX y Friedrich ENGELS formulan la propuesta comunista. Estas ideas indirectamente hacen surgir el *Welfare State* y directamente el Estado social-comunal. Dos ideas comunes giran en estos modelos: a) la desigualdad económica se debe combatir desde la propia organización política. b) la libertad depende de la igualdad y sin esta no se podrá lograr la primera.

El *rule of law* a la cabeza como un Estado de Derecho liberal pronto empieza a demostrar sus deficiencias: la libertad en el mercado ocasiona que surjan diversos tipos de ciudadanos: los que tiene un poder adquisitivo exorbitante y aquéllos quienes carecen de lo mínimo para sobrevivir. Indudablemente la “libertad” de los primeros es más amplia que los segundos pues estos últimos pensaran primero en resolver sus necesidades básicas antes de querer ejercer sus libertades. Ejemplifiquemos: no es lo mismo el empresario al desempleado. El primero, dada su

posición económica, puede participar en la organización política, contratar libremente y decidir el curso que ha de seguir su vida. El desempleado, por el contrario, lo que le interesa es solucionar sus problemas de supervivencia y esto le llevará a aceptar los trabajos con cualquier tipo de cláusulas (aunque sean en perjuicio suyo); éste estará más preocupado en comer que en participar en las actividades políticas y finalmente, le preocupa más el vivir que organizar un plan de vida; en definitiva, no es libre por la situación económica en la cual se encuentra.

Ante estas circunstancias el Estado se ve obligado a organizar una política para solucionar esta situación. El *Welfare State* surge después de la Segunda Guerra Mundial y busca responder a estas necesidades individuales y colectivas. La solución radicará en planificación de medidas de equilibrio económico entre las desiguales clases sociales y cuyo foco de atención lo constituye la sanidad, el trabajo y la educación.

La Constitución alemana de Weimar de 1919 es el primer intento de socializar al Estado liberal. Las crecientes necesidades sociales obligan al Constituyente alemán de Weimar que reconozca la obligación estatal de terminar con la desigualdad material para lograr una verdadera libertad cimentada en la igualdad de oportunidades. Al respecto escriben MANNORI y SORDI que “la democracia económica y los objetivos de igualdad sustancial se insertan provocando contradicciones y compromisos, dentro de los derechos consolidados por la tradición liberal, haciendo parecer de improviso arcaica y paternalista la solidaridad

decimonónica”.¹⁹⁵ Agregan más adelante que “Los modelos decimonónicos son arrollados: se borran los límites entre lo público y lo privado; lo estatal y lo comercial, hasta este momento drásticamente separados, comienzan a confundirse”.¹⁹⁶

Entre las características principales de este modelo -siguiendo a SÁNCHEZ Ferriz- están las siguientes: a) Estado y sociedad se unirán con el objetivo común de buscar el bienestar; b) el Estado social se ayudará del progreso técnico para beneficio del ciudadano; c) el *Welfare State* no es un modelo que niegue al *Rule of law* o al *Rechtsstaat* por el contrario es un mecanismo de perfeccionamiento; d) se emplea el término mínimo con dos sentidos: como Estado mínimo pero también como un Estado de mínimos vitales; e) el bienestar no se limita a las clases necesitadas sino a todas las clases que forman la sociedad; f) el reconocimiento de los derechos sociales en la constitución y protegidos al nivel de Derechos Fundamentales; g) del sistema tributario depende el éxito o fracaso del Estado de bienestar.

La diferencia clara con el Estado liberal constituye la intervención del Estado en nombre de las desigualdades económicas de subsistencia y el individualismo. Se recordará que el Estado liberal -*rule of law*- pugna por la mínima intervención estatal, aquí, por el contrario, se precisa la intervención de él. Además, para el Estado liberal el individualismo pugna por que cada quien busque sus medios de satisfacción y resuelva sus necesidades. En este modelo los problemas individuales son

¹⁹⁵ MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo. *Justicia y administración*. Citado por FIORAVANTI, Mauricio. *Estado moderno en Europ*. Trotta. Madrid. 2004. P. 64.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

trasladados a problemas colectivos: si la colectividad está satisfecha, también lo estará la individualidad.

El Estado socialista-comunista es una creación de dos pasos: primero se tiene que presentar el Estado socialista y después el comunal. Su elaboración teórica es realizada por Karl MARX y Friedrich ENGELS y su posterior puesta en marcha y añadidos teóricos son de LENIN, STALIN y TROSKI (si bien cada uno con perspectivas diferentes y contradictoria mantenían en común la idea de llevar a cabo el plan social-comunista).

El primer paso (Estado socialista) se caracteriza por la supresión del capital privado y su transferencia al Estado. Además, el Estado se integrará por una democracia representativa y directa en manos de la clase trabajadora (proletariado) quien decidirá el número de veces que pueden cambiarse los funcionarios de gobierno, del poder legislativo y judicial. El objetivo de esta etapa es el acabar con el Estado burgués. Se declara un Estado diferente al liberal y al del bienestar. Con respecto al primero la diferencia radica en que la igualdad interesa más que la libertad; por lo que se refiere al segundo, supera las deficiencias económicas en nombre de una igualdad absoluta en la cual no hay cabida para los monopolios empresariales excepto el del Estado socialista.

Los Estados socialistas comienzan a materializarse con las constituciones Federales de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) de 1936 y 1977. Son las pioneras en establecer un Estado socialista con miras al camino final que es

la obtención del comunismo. Otros países siguen sus ejemplos: Checoslovaquia 1960, Rumania 1965 y 1974, Alemania oriental 1968, Bulgaria 1971, Hungría 1972 y Polonia de 1976¹⁹⁷ y la Constitución Cubana del mismo año.¹⁹⁸

Ahora bien, por lo que se refiere al Estado comunista este no logró consolidar en ninguno de los países que implantaron el socialismo. Para el comunismo el Estado de Derecho desaparecería en su forma clásica y se sustituiría por una organización de autorregulación en donde las soluciones se tomen colectivamente y el consenso sea el único criterio de legitimidad para toma de decisiones.

3.4. LA LUCHA POR EL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Los modelos anteriores han sido duramente criticados, actualmente se busca superar las deficiencias en que han incurrido esos modelos con una elaboración que tome en consideración los diversos aspectos que obligan a concebir una nueva forma de ver al Estado de Derecho. Estos aspectos son la globalización, la lucha multicultural, la crisis de legitimidad, la crisis de legalidad.

Como respuesta se ha refinado el antiguo Estado de Derecho por una propuesta actual: el Estado democrático de derecho. Este modelo también ha originado diversas variantes pero en esencia gira en torno a lo siguiente: 1) crítica a los modelos anteriores; 2) atención a la relación que surge entre democracia y derecho;

¹⁹⁷ Cfr. BISCARETTI di Ruffia, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Fondo de Cultura Económica. México. 1996. P. 128.

¹⁹⁸ Si bien Fidel CASTRO asume el poder en 1959, es hasta 1961 cuando se declara formalmente marxista y la constitución, con objetivos comunistas, es elaborada en 1976.

y 3) atiende las necesidades de la globalización, multiculturalidad y derechos sociales.

Algunos definen su propuesta con el nombre tradicional de Estado de Derecho; otros, hacen referencia al Estado democrático de derecho; algunos más, se refieren a él como Estado democrático constitucional; finalmente, los más detallistas le asignan el nombre de Estado democrático constitucional y social de derecho.

Dentro de las diversas variantes del modelo rector hay una que sobresale: el Estado de Derecho garantista de Luigi FERRAJOLI.

El modelo garantista se considera una de las expresiones más acabadas y paradigmáticas del Estado democrático constitucional. En virtud de ello, en los siguientes renglones se realizará una exposición de dicho modelo debido a que reúne, en gran medida, las propuestas de las otras alternativas del Estado democrático constitucional.

FERRAJOLI, fiel seguidor de la corriente italiana, es un crítico del Estado de Derecho,¹⁹⁹ o al menos del Estado de Derecho en su concepción clásica, cuyos

¹⁹⁹ En el pensamiento italiano, la obra de Gustavo ZAGREBELSKY se ha constituido como referente para las concepciones críticas del clásico Estado de Derecho. Un texto ejemplar sobre su pensamiento en cuanto al tema del Estado de Derecho es el siguiente: “La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del ‘Estado constitucional’ La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de Derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la compleja sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa el principio del gobierno de las leyes, en lugar

principios son los de legalidad, publicidad y control de las actividades estatales.²⁰⁰ El escepticismo ante el Estado de Derecho no nace en él de la concepción teórica, sino de una realidad inobjetable: la crisis en el ámbito interno y la crisis en el ámbito externo del Estado de Derecho. La primera, es una crisis que afecta a lo que entendemos, en sentido estricto, por Estado de Derecho. La segunda, es una crisis que afecta al estado en su anclaje al Estado nación.

En el ámbito interno, FERRAJOLI está seguro de que el Estado de Derecho no consiguió materializar los principios de legalidad, publicidad y control de las actividades estatales. Esos principios no se alcanzaron y por el contrario se invadió de sus opuestos: ilegalidad, secreto del aparato estatal e irresponsabilidad de los gobernantes. Esto puede explicarse a grandes rasgos como sigue. FERRAJOLI entiende siempre al Estado de Derecho como una institución respaldada por una normatividad propia, una teoría del derecho, una teoría política del Estado y todas ellas con el único objetivo de consolidar y asegurar la libertad que descansa en el orden público y libertad de mercado; es decir, maximizar un Estado de Derecho liberal y capitalista. Pero, la evolución en el tiempo creó necesidades sociales y éstas a su vez empujaron a la implantación de un *Welfare State*. El *Welfare State* nace pero es una institución huérfana de normatividad, de teoría del derecho y de teoría política del Estado. Aplicar el marco teórico del Estado de Derecho al *Welfare State*

del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de Derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho" (ZAGREBELSKY. *Op. Cit.* P. 34).

²⁰⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000. P. 66.

crea la crisis pues “el resultado de esta convivencia entre el viejo Estado Constitucional de derecho y el nuevo Estado social es una divergencia profunda entre las estructuras legales y las estructuras reales de la organización estatal: divergencia en relación con los procedimientos y con las formas de la actividad administrativa, cada vez menos ligado a criterios y contenidos predeterminados normativamente y más bien marcada por modelos de intervención decisionistas, tecnocráticos, ampliamente discrecionales”.²⁰¹

El profesor pone como ejemplos claves en la lectura de su exposición, la deficiencia que existe para el cumplimiento de las prestaciones sociales y asistenciales desde el marco teórico del clásico Estado de Derecho, donde los derechos son considerados como derechos a prestaciones negativas. Por el contrario, las prestaciones sociales y asistenciales solamente son consideradas como “proclamaciones de principio” y como exigencias a prestaciones positivas que no tienen garantías de cumplimiento efectivas. Aquí, alude FERRAJOLI, se encuentra el fundamento de su crítica: la insuficiencia de aquel para dar respuestas a las exigencias del *Welfare State*; y como ya se señaló en renglones atrás, esto ha dado origen, conforme a la interpretación ferrajoliana a una triple crisis: ilegalidad, secreto del aparato estatal e irresponsabilidad de la clase gobernante.

Surge la ilegalidad debido a que el cumplimiento de las prestaciones sociales se hace fuera del marco de la ley y sólo se satisfacen las necesidades de los grupos de presión más fuertes en el mercado político. Además, esta forma de llevar a cabo las

²⁰¹ *Idem*, p. 70.

prestaciones sociales desencadena la existencia de “poderes ocultos e ignotos” cuyo resultado es un secretismo estatal. Finalmente, ante los acuerdos del mercado político y el secretismo estatal, se incrementa la irresponsabilidad de la clase gobernante. Ante esta situación, la propuesta ferrajoliana se presenta como una alternativa que genera la multiplicación de las garantías de los derechos individuales tradicionales y, además, asegura la protección de los derechos sociales desconocidos y abandonados por las teorías tradicionales.²⁰² Para lograrlo, es necesario, como hemos mencionado, una filosofía propia y una concepción del derecho específica.

Pero hemos ignorado hasta ahora otro aspecto crucial del estudio del Estado de Derecho, en el ámbito interno, según la representación ferrajoliana: el Estado de Derecho como Estado Constitucional de derecho. Un Estado Constitucional caracterizado por una doble sujeción: formal y sustancial. FERRAJOLI, siguiendo a BOBBIO, dedica una parte para explicar sobre la diferencia entre gobierno *sub lege* y gobierno *per lege*, es decir, entre un gobierno bajo la tutela de leyes (*sub lege*) y un gobierno a través de leyes (*per leges*). A su vez, el primero se divide en un gobierno con poderes otorgados por leyes (sentido débil o formal) y en un gobierno de poder limitado por leyes (en un sentido fuerte o sustancial).

Con estas observaciones, FERRAJOLI afirma que “el término ‘Estado de Derecho’ se usa aquí en la segunda de ambas acepciones; y en este sentido es sinónimo de ‘garantismo’. Por eso designa no simplemente un ‘estado legal’ o

²⁰² Idem, p. 88.

‘regulado por la ley’ sino un modelo de Estado nacido con las modernas Constituciones...”,²⁰³ cuyas características principales son la legitimación formal y legitimación sustancial²⁰⁴ (que se materializa en la garantía de los Derechos Fundamentales). Interpreto a FERRAJOLI de la siguiente forma: el Estado de Derecho fue entendido como un Estado que sólo demanda la legitimación formal, es decir, una legitimación que proviniera de un poder otorgado por leyes y que sólo conmina al cumplimiento de una forma legal. Ahí está el peligro, pues hasta los gobiernos totalitarios pueden revestir una forma legal. Por el contrario, los Estados Constitucionales exigen una legitimación sustancial; legitimación que pende de un contenido estricto en la limitación de poderes.

FERRAJOLI nos invita a pensar esta conceptualización como una nueva forma de ver al Estado de Derecho: un Estado de Derecho garantista y recogido por los Estados Constitucionales donde la *mera legalidad* y la *estricta legalidad* son sus fuentes de legitimación. En palabras del autor: “En todos los casos se puede decir que la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su *legitimación formal*, mientras la estricta legalidad, al subordinar

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid. 2001. P. 856.

²⁰⁴ Esta forma de ver al Estado de Derecho -bajo la óptica de una concepción sustancial o material- está presentes en diversos autores europeos. Por ejemplo, CHEVALLIER ha manifestado que “Más allá de la jerarquía de las normas, el Estado de Derecho va en adelante ser oído como la implicación a un conjunto de principios y valores que se beneficiarán de una consagración jurídica explícita y se combinarán con mecanismos de garantía convenientes; la concepción formal se encuentra pues retransmitida por una concepción material o sustancial, quién lo engloba y lo sobrepasa: la propia jerarquía de las normas se vuelve uno de los componentes del Estado de Derecho sustancial. CHEVALLIER Jacques. *L’État de droit*, Montchrestien. Paris. 1992. P. 100.

todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los Derechos Fundamentales, coincide con su *legitimación sustancial*".²⁰⁵

Superando la traición de la primacía de lo político sobre lo jurídico, el Estado de Derecho garantista se propone invertir los papeles: el derecho ya no es más un instrumento de la política; al contrario, ahora la política deberá ser el instrumento del derecho, sometida, en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales.

Un punto más y destacando la aportación ferrajoliana al Estado de Derecho. El Estado de Derecho garantista se diferencia de cualquier otro Estado porque es un Estado social y no exclusivamente un Estado liberal. Es decir, el Estado de Derecho liberal se preocupaba por la limitación del poder pero no se interesó por satisfacer las desigualdades económicas, culturales y sociales de los individuos. Su propuesta viene a llenar ese vacío ofertado por el Estado liberal. Por ello no duda en calificar a su Estado de Derecho como un Estado liberal mínimo y un Estado social máximo.

Las líneas anteriores muestran el discurso ferrajoliano sobre la crisis del Estado en el ámbito interno. Veamos ahora la crisis en el ámbito externo. Él, valora al Estado de Derecho, en su significado clásico y como figura central del paleoiuspositivista del Estado liberal, como un Estado anclado en la concepción de Estado-nación; esta forma de ver al Estado de Derecho, para el jurista italiano, ha caído en crisis debido a que las relaciones internacionales han modificado la concepción de soberanía que

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Op. cit.* P. 857.

identificaba a los Estados-naciones.²⁰⁶ El diagnóstico de FERRAJOLI sobre la crisis a la cual estamos haciendo referencia, la centra en el concepto de soberanía.

Para el pensador florentino, la soberanía representa un “residuo premoderno” de “rasgos absolutistas” que tiene tres principales dificultades: Primero, como concepto filosófico-jurídico (aporía filosófica-jurídica); segundo, como institución política (aporía filosófica-política); y, tercero, como elemento de consistencia y legitimidad en relación con la teoría del derecho (aporía de la relación soberanía-teoría del derecho).²⁰⁷

En la primera parte de su exposición, y en relación con la aporía filosófica-jurídica, el profesor italiano, descifra las características absolutistas que han estado presentes en la idea de soberanía.²⁰⁸ Él considera que la soberanía externa es la primera en contar con un respaldo teórico y adjudica al teólogo español Francisco de Vitoria la primacía en la elaboración de una teoría propia y original del concepto jurídico de soberanía. Rescata, del pensamiento de Vitoria, tres ideas básicas: “a) la configuración del orden mundial como sociedad natural de Estado Soberano; b) la formulación teórica de una serie de derechos naturales de los pueblos y de los

²⁰⁶ A decir de FERRAJOLI: “El dilema que se le plantea a la teoría de la democracia y del Estado de Derecho es, por tanto, como he dicho al inicio, radical. El declive irreversible del Estado nacional, ¿comporta (o está destinado a resolverse en) un declive de la democracia política y del Estado de Derecho, conceptos ligados a la idea de sujeción de todos los poderes a la ley como expresión de la voluntad popular? ¿O es posible prefigurar, junto a la ‘política interna del mundo’ habermasiana, una extensión del paradigma del Estado de Derecho y de la democracia constitucional a la política y al derecho internacional?” Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Razones jurídicas del pacifismo*. Trotta. Madrid. 2004. P. 141.

²⁰⁷ cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid. 2004. Pp.125-127.

²⁰⁸ Es importante aclarar que para nuestro autor es necesario distinguir entre soberanía interna y soberanía externa. Ambas son beneficiarias de las tradiciones del derecho natural pero surgido de variantes diversas.

Estados; y c) la reformulación de la doctrina cristiana de la ‘guerra justa’ por él definida como sanción jurídica frente a las *iniuriae* recibidas”.²⁰⁹ El primer punto marca la diferencia entre la concepción medieval y la moderna: los Estados, son ahora independientes y no dependen de un mandatario universal de un emperador o del papa; esta independencia señala la atribución de sujetos jurídicos a los Estados, quienes encontrarán en la democracia un respaldo a su forma de organización y políticas externas. El segundo punto, consecuencia del primero, otorga a los estados ciertos derechos naturales; el primer derecho natural es el *ius communicationis*, el derecho a que los estados entren en comunicación y establezcan relaciones y que se desarrollan en el *ius peregrinandi et degendi* (derecho de movilidad por tierra y por mar), el *ius commercii* (el comercio en el ámbito internacional), el *ius occupationis* (ocupación sobre tierras baldías) y el *ius migrandi* (el derecho de viajar de uno a otro país y adquirir los beneficios respectivos); el segundo derecho natural es el *ius praedicandi et annunciandi evangelium*, es decir el derecho de predicar y anunciar el evangelio, por parte de europeos, y el deber de los indios de obedecerlo so pena de corrección y sanción; y el tercer derecho natural, el derecho a la guerra para el caso de que los indios no se dejaran convencer. Finalmente, la tercera idea que selecciona de Vitoria es su elaboración de la guerra justa como elemento necesario para mantener la seguridad del derecho internacional pues ante la carencia de un tribunal internacional, sólo queda este medio para asegurar la efectividad de la justicia internacional.

²⁰⁹FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil. Op. cit.* P. 128.

Por otra parte, y en atención a la figura política que implica la soberanía, FERRAJOLI manifiesta que en el ámbito interno el concepto de soberanía se convirtió en el sustento del poder absoluto y hace notar que “esta figura designa, a un mismo tiempo, una fuente suprema y no derivada, y se convierte en base de todo el aparato conceptual del positivismo jurídico: del principio de legalidad y de la convencionalidad del derecho...”.²¹⁰

Ambas características en unión, generan una influencia, hoy en crisis, sobre la teoría del derecho. El derecho procede, en el Estado decimonónico, de una soberanía absoluta en el ámbito interno y externo. Pero esas características no se pueden presentar juntas. Durante finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX se inició y permanecieron “dos líneas de evolución paralelas pero opuestas”. La limitación de la soberanía interna y la absolutización de la soberanía externa. La primera, como consecuencia de los límites constitucionales que se realizan en todos los Estados democráticos de derecho y materializados por los Derechos Fundamentales, principio de legalidad y división de poderes. La segunda, por los extremos del “estado salvaje” que se vivieron (y aún se vive) con las guerras mundiales, las intervenciones armadas de países poderosos en contra de los débiles. Esta situación repercute en la teoría del derecho, pues la soberanía ya no puede seguir siendo considerada como un poder absoluto, tanto en el ámbito interno como en el ámbito externo pues la soberanía, así concebida “es la negación misma del derecho”, pero un avance, reconoce el catedrático, lo constituye la creación de la ONU, el establecimiento de tribunales internacionales y de órganos mundiales de

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil. Op. cit.* P. 134.

protección a los derechos humanos que han repercutido en la concepción clásica de la soberanía externa y que se vislumbra como una fuerte esperanza de acabar con el “estado salvaje” en que se vive en la comunidad internacional. Y aquí es donde centra, FERRAJOLI, la siguiente propuesta del Estado de Derecho en el ámbito externo: un Estado de Derecho anclado en un constitucionalismo global y una democracia cosmopolita que rebase el “estado salvaje” de la comunidad internacional.

Las sociedades contemporáneas buscan el sello de aprobación ante los individuos con una sola fórmula: Estado de Derecho. Pero, en filosofía política y en la historia de las sociedades existen tantas posturas respecto al Estado de Derecho que debilitan la fortaleza que envuelve al concepto. Y no se trata de un problema banal. La dificultad de precisar los alcances de un modelo de Estado de Derecho sobre otro acarrea graves consecuencias para el desarrollo de una sociedad. A pesar de ello, la estrella guía deberá ser siempre el Estado limitado por el Derecho. A propósito de esta idea, y para concluir, escribo una opinión del profesor alemán Böckenförde:

“Debido a lo impreciso de su significado terminológico, el concepto del Estado de Derecho aparece en una amplia medida como dotado de una pluralidad de significados. Pero la unión de ambos términos, el del Estado y el de Derecho, acoge un problema que es fundamental para el orden estatal: a saber: que para que exista y se mantenga este es necesario que aparezca como referido y adecuado al derecho. Es por ello por lo que el concepto del

Estado de Derecho , desde que se introduce en la discusión pública, forma parte de esos conceptos políticos fundamentales que resultan adecuados para atraer hacia sí las cambiantes ideas y exigencias de legitimación sobre la ordenación del Estado y, en sentido inverso, para ofrecer un fundamento de la legitimidad. Todo ello pone recurrentemente de manifiesto la razón en que se basa su fuerza como idea política, así como su idoneidad como concepto político de lucha; y explica también la circunstancia de que los más diferentes regímenes políticos, junto a su cobertura científica y publicística, tiendan a caracterizar el orden creado, o pretendido por ellos, como Estado de Derecho”.²¹¹

²¹¹ BÖCKENFÖRDE Wolfgang. Ernst, *Estudios sobre estado de derecho y la democracia*. Trotta. Madrid. 2000. P.45.

CAPITULO IV

IMPACTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

La interpretación del Derecho es una tarea indesligable para el juez desde el momento en que debe resolver conflictos sometidos a su conocimiento. GARCÍA Figueroa²¹² hace una reflexión válida al preguntarse que si los jueces por siglos siempre resolvieron los conflictos basados en los expedientes, el conocimiento de la ley y cierto sentido común, ¿por qué ahora las cosas tendrían que cambiar hacia nuevos horizontes argumentativos y con nuevos parámetros trazados por las teorías de la argumentación jurídica?.

En realidad, las teorías de la argumentación jurídica, sustancialmente apoyadas en bases del Derecho Constitucional, aportan a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer y sobre todo, hacen trascendente la labor interpretativa del Juez. De igual forma, coadyuvan a que los Jueces puedan manejar estándares argumentativos y brinden a sus decisiones una suficiente motivación.

²¹² GARCIA FIGUEROA, Alfonso y GASCON ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores. Lima. 2003. P. 54.

En el Derecho Constitucional asume mayor protagonismo la tarea de la interpretación en tanto los conflictos a ser resueltos, implican la defensa de Derechos Fundamentales, los cuales gozan de un status especial. Por ende, discutir sobre Derechos Fundamentales exige un ejercicio argumentativo de mayor envergadura, apoyándose en cuestiones de juricidad y moralidad, lo que en contexto exige establecer cuáles son los caracteres de la interpretación en el denominado Estado neoconstitucional, el cual prevé herramientas interpretativas de suyo más amplias, sujetas a nuevos valores, en referencia a los principios como mandatos de optimización, por oposición a la aplicación de la ley como parámetro tradicional de solución de las controversias.

La interpretación en el Estado neoconstitucional, asume un contexto diverso al de la justicia común. Se exige, en sede de derechos fundamentales, una motivación de contenidos más profundos, de discernimiento de supervalores en relación a los derechos esenciales de las personas, y se busca, como fin supremo, la compatibilidad entre los principios, valores y directrices que emanan de la Constitución y los conflictos que atañen a las personas.

En ese modo, la interpretación constitucional marca una sustancial diferencia con la tradicional interpretación del Derecho que manejamos en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en los cuales la observancia del principio de legalidad, la prevalencia de la ley y el acatamiento del principio de congruencia, representan otro modo de discernir los conflictos jurídicos, modalidad que en rigor, no es tampoco ajena al Derecho Constitucional pues esta última disciplina aborda tanto normas,

principio. En ese orden de ideas, habrán controversias jurídicas, casos fáciles en la terminología de ATIENZA,²¹³ para los cuales bastará una fórmula silogística, y a su vez, habrán casos difíciles y trágicos, siguiendo al mismo profesor de la Universidad de Alicante, los cuales revelarán de un lado, los primeros, mayor complejidad por el número de premisas normativas y fácticas, y los segundos, verdaderos dilemas morales.

Pretendemos, en suma, denotar un activismo interpretativo que resulta hoy protagonista en el Estado neoconstitucional, confiriendo prevalencia al Juez Constitucional, asignándole al mismo la aplicación de más principios que reglas e inclusive proyectando lo que viene a denominarse ya la irrupción en el ámbito de lo jurídico, del Estado jurisdiccional.

La prevalencia de la ley como concepto regulador del ordenamiento jurídico mantuvo su vigencia con fuerza en el sistema kelseniano, como expresión de la corriente positivista en el derecho. Ese Estado Legislativo que en su momento antecedió a KELSEN y que éste consagró través de la vigencia plena de la propuesta de la norma como elemento fundamentador del sistema de fuentes jurídico, al presente, en el siglo XXI, ha sufrido evoluciones notables y hoy, conforme planteamos, la propuesta es la de un Estado neoconstitucional cuyos rasgos, sustancialmente distintos a los del Estado Legislativo, expresa una visión interpretativa distinta del Derecho.

²¹³ ATIENZA, Manuel. Los límites de la interpretación constitucional. En FERRER Mac-Gregor, Eduardo. (Coordinador) Interpretación constitucional. México. Porrúa. UNAM. 2005. Tomo I. P. 121.

Surge, entonces, una interrogante concreta: ¿en qué medida cambia la interpretación tradicional del Juez en el Estado neoconstitucional? ¿Cuánto aporta una visión de los Derechos Fundamentales como principios, mandatos de optimización y supervalores en este nuevo tipo de Estado? ¿Cuáles son esas herramientas interpretativas que caracterizan al nuevo Estado neoconstitucional?

Es nuestra opinión que la absolución de estas interrogantes, resume la inquietud manifiesta de que, a medida que los Derechos Fundamentales evolucionan, acudimos hacia nuevos sitios de producción jurídica en la doctrina constitucional. El principio de progresividad de los Derechos Fundamentales encuentra aquí su expresión suprema en tanto que a mayores herramientas interpretativas, mayor evolución favorable de los Derechos Fundamentales de las personas, prohibiéndose regresiones o restricciones severas respecto de estos derechos, salvo estrictas circunstancias de suma excepcionalidad.

En ese orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de México, ha emitido Tesis, que señala que las sentencias que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no necesitan ser reiteradas en el sistema judicial de nuestro país, cuando México sea parte de la sentencia dictada, como lo veremos a continuación:

Tipo de documento: Tesis aislada

Décima época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: Libro XVIII, Marzo de 2013

Página: 368

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN ASUNTOS DONDE EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE. PARA QUE SUS CRITERIOS TENGAN CARÁCTER VINCULANTE NO REQUIEREN SER REITERADOS. De los párrafos 339 y 347 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, se advierte que los Jueces y tribunales internos, además de velar por el cumplimiento de las disposiciones de fuente internacional, deben tomar en cuenta la interpretación que de éstas ha realizado esa Corte, así como la obligación del Estado de garantizar que la conducta que motivó su responsabilidad no se repita. De lo anterior se sigue que la interpretación en materia de derechos humanos realizada por esa Corte Internacional, al resolver un caso en el que el Estado Mexicano fue parte, aun cuando se trate de una sentencia aislada por lo que hace a éste, adquiere el carácter y fuerza vinculante de precedente jurisprudencial, máxime que este Alto Tribunal, en la tesis aislada P. LXV/2011 (9a.), de rubro: "SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.", derivada de la resolución del expediente varios 912/2010, sostuvo que las resoluciones pronunciadas por la Corte Interamericana son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial. Por tanto, para que los criterios de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos donde el Estado Mexicano fue parte adquieran el carácter de vinculantes, no requieren ser reiterados, máxime que

respecto de estas sentencias no operan las reglas que para la conformación de la jurisprudencia prevé el artículo 192 de la Ley de Amparo.

Amparo en revisión 133/2012. 21 de agosto de 2012. Mayoría de ocho votos; votaron con salvedades: José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

El Tribunal Pleno, el catorce de febrero en curso, aprobó, con el número III/2013 (10a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil trece.

Nota: La tesis aislada P. LXV/2011 (9a.) citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 1, diciembre de 2011, página 556.

La ejecutoria relativa al expediente varios 912/2010 citado, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011. Página 313.

Tipo de documento: Jurisprudencia

Décima época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: Libro XVII, Febrero de 2013

Página: 1049

DERECHOS HUMANOS. SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Conforme al artículo 1o. de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y atento al principio pro persona, no resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si al analizar los derechos humanos que se estiman vulnerados es suficiente la previsión que contiene la Constitución General de la República y, por tanto, basta el estudio que se realice del precepto constitucional que los prevea, para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado.

Amparo en revisión 781/2011. María Monarca Lázaro y otra. 14 de marzo de 2012. Cinco votos; votaron con salvedad José Fernando Franco González Salas y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Erika Francesca Luce Carral.

Amparo directo en revisión 2956/2011. Felipe Espinosa Hernández. 20 de junio de 2012. Mayoría de cuatro votos; unanimidad en relación con el tema contenido en esta tesis; votó con salvedad Margarita Beatriz Luna Ramos. Disidente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretario: Aurelio Damián Magaña.

Amparo directo en revisión 2518/2012. Jesús Manuel Valdez Hernández. 17 de octubre de 2012. Unanimidad de cuatro votos; votó con salvedad Sergio A. Valls Hernández. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Hilda Marcela Arceo Zarza.

Amparo directo en revisión 2804/2012. Concepción Meza Torres. 17 de octubre de 2012. Unanimidad de cuatro votos; votó con salvedad Sergio A. Valls Hernández. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Hilda Marcela Arceo Zarza.

Amparo directo en revisión 2855/2012. Carlos Alberto Galindo González. 17 de octubre de 2012. Unanimidad de cuatro votos; votó con salvedad Sergio A. Valls Hernández. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Miroslava de Fátima Alcayde Escalante.

Tesis de jurisprudencia 172/2012 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del catorce de noviembre de dos mil doce.

Tipo de documento: Jurisprudencia
Décima época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: Libro XVII, Febrero de 2013
Página: 1241

PRINCIPIO PRO HOMINE Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SU APLICACIÓN NO IMPLICA EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES. El principio pro homine y el control de convencionalidad se encuentran tutelados por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la entrada en vigor de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. El principio pro homine es aplicable en dos vertientes, a saber, el de preferencia de normas y de preferencia interpretativa, ello implica que el juzgador deberá privilegiar la norma y la interpretación que favorezca en mayor medida la protección de las personas. Por su parte, el "control de convencionalidad" dispone la obligación de los juzgadores de interpretar las normas relativas a los derechos humanos, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo la protección más amplia a las personas. Sin embargo, su aplicación no implica desconocer los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de las acciones, pues para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, el Estado puede y debe establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los medios de defensa, los cuales no pueden ser superados, por regla general, con la mera invocación de estos principios rectores de aplicación e interpretación de normas.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 381/2011. Mónica Sabrina Balderas Herrera. 29 de marzo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Rojas Fonseca. Secretario: Juan Carlos Carrillo Quintero.

Amparo directo 55/2012. Santiago Marín Domínguez. 26 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Ramírez González. Secretaria: Adriana Carmona Carmona.

Amparo en revisión 92/2012. Síndico Municipal del Ayuntamiento del Municipio de Puebla y otros. 24 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Ramírez González. Secretaria: Adriana Carmona Carmona.

Amparo directo 62/2012. Santiago Marín Domínguez. 7 de junio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Rojas Fonseca. Secretaria: Ana Laura Gutiérrez Sauza.

Amparo en revisión (improcedencia) 201/2012. 23 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Ramírez González. Secretaria: Margarita Márquez Méndez.

4.1. CONSECUENCIAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Las reflexiones que anteceden han resultado contextualmente muy útiles para describir los rasgos más sustanciales de un Estado neoconstitucional. La propuesta tiene mucha vigencia y actualidad en el sentido de que nos persuade de que los criterios de interpretación constitucional en los ordenamientos jurídicos, están cambiando de sitio, que apuntan hacia nuevos sitios de producción jurídica, en una forma de fraternidad de intérpretes constitucionales, una especie de “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”, concepto enunciado por HABERLE,²¹⁴ para

²¹⁴ Cfr. HABERLE, Peter. *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución*. Retos actuales del Estado constitucional. Bilbao. IVAP. 1996. Pág. 15-46. Id., *El Estado*. cit., nota 18. Pág. 149 y ss.

significar que los argumentos de interpretación van asumiendo un carácter de criterios comunes.

La propuesta hecha se acerca también a la teoría de la fertilización judicial cruzada, o “Judicial cross fertilization”, es decir, el uso de precedentes extranjeros por parte de los Jueces. Este concepto alude a que los Tribunales Internacionales deberían alentar y promover la interacción o fertilización cruzada judicial, tomando en cuenta los fallos judiciales de los demás. La propuesta de la fertilización judicial cruzada también comprende, en casos específicos, diferenciar el pronunciamiento de aquellos tribunales cuya competencia en la materia les concede un mayor rango de autoridad en un caso determinado. Sin embargo, tal puntualización no resulta definitiva en tanto las técnicas interpretativas implican puntos en común.

Las redes judiciales permiten la fertilización cruzada de ideas, compartir las experiencias respecto de la resolución de problemas similares, y sobre todo el fortalecimiento de las propias instituciones judiciales a través de su legitimidad internacional.

Hechas estas descripciones resulta ahora importante, a modo de consolidación de nuestra tesis, puntualizar cuáles son las consecuencias más relevantes de la propuesta de un Estado neoconstitucional.

a) Cambio de tesis en la definición del Derecho

¿Qué propone esencialmente el neoconstitucionalismo, luego de las premisas expuestas? A juicio nuestro y de modo sustancial, un cambio de tesis en la definición del Derecho. Refleja PRIETO SANCHÍS²¹⁵ que: “En tanto el positivismo sostiene la tesis de la separación entre el derecho y la moral, el neoconstitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre el derecho y la moral”.

Esta vinculación resulta de capital importancia para el neoconstitucionalismo, en tanto que el concepto de dignidad de la persona, nos lleva a juicios de valoración de orden moral. Kelsen proponía la interpretación del Derecho como un producto puro, sin la participación de ninguna otra disciplina. En el neoconstitucionalismo, por el contrario, reafirmamos la tesis de la necesaria interrelación entre moral y derecho. Expresión legible del artículo 1 de nuestra Constitución,²¹⁶ el cual propone el parámetro de valoración de la dignidad de la persona como postulado base de todo el ordenamiento constitucional.

Veamos la reflexión que aporta FARALLI²¹⁷ a este respecto: “La Constitución ya no es sólo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al

²¹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Publicado en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2001.

²¹⁶ Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

²¹⁷ FARALLI, Carla. *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*. Madrid. Hispania Libros. 2007. P. 83.

sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia incita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales”.

b) Mayor complejidad del Derecho

Otra conclusión de relevancia respecto al Estado neoconstitucional, es que el derecho se hace más complejo, por la evolución sin pausa de los Derechos Fundamentales, por la concurrencia de los principios y sus relativos márgenes de indeterminación para la resolución de conflictos constitucionales. Antes el derecho podía ser definido como un sistema de reglas, en el cual la subsunción era la tarea sustancial del Juez. Hoy, el derecho es igual a valores, principios, y directrices, que concurren en forma conjunta con las reglas, normas jurídicas y leyes en la solución de los conflictos.

Por cierto, la propuesta de que optemos por proponer la prevalencia de más principios que reglas, no implica en modo alguno que las reglas desaparezcan en la resolución de controversias. Todo lo contrario, ellas van a seguir subsistiendo en la medida que van a representar, siempre, la base de definición de una controversia. Es decir, solo ante la insuficiencia de las reglas, concurren los principios. Algunas veces los conflictos serán resueltos en parte por el contenido de las reglas y de la misma forma, en otros casos, cuando se configuran extremos sumamente complejos en una controversia, la resolución tendrá en cuenta los márgenes de activismo de los principios y de las herramientas interpretativas que conciernen a Derechos

Fundamentales. Todos estos elementos, en forma cohesionada, juegan un rol fundamental en la solución de conflictos y constituyen la base del Estado neoconstitucional.

c) Plena vigencia de los Derechos Fundamentales

Estimamos que solo los principios conceptuales y las pautas procedimentales que informan el Estado neoconstitucional, permiten una aplicación plena de los Derechos Fundamentales, cuyo norte aplicativo, en la definición de PECES Barba,²¹⁸ es la de poseer una juridicidad y una moralidad básicas. Juricidad porque los Derechos Fundamentales contienen mandatos vinculados a realizaciones para la protección de un derecho; y moralidad, porque la vinculación a la protección de la dignidad de la persona, representa una impostergable obligación para el Juez Constitucional.

En consecuencia, previene el juzgador de que no solo concurre un mandato respecto al Derecho Fundamental, en cuanto a su juridicidad, sino también un contenido de optimización respecto a la moralidad, entonces, puede aplicar plenamente los criterios de protección del contenido constitucionalmente protegido de un Derecho Fundamental.

²¹⁸ PECES BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría General. Madrid.Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1999. P. 37.

Por todo lo antes descrito, para nadie es sorpresa que en el mundo contemporáneo se va haciendo cada vez más apremiante, todo en el ámbito jurisdiccional, dar razón y justificar adecuadamente el sentido de las resoluciones que tienen que emitir los órganos judiciales, de modo necesario, sobre las controversias que tienen que emitir los órganos judiciales, sobre las controversias que le son sometidas a su consideración. Este apremio lo tenemos reflejado en uno de los temas principales que se mencionan en el Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una Agenda para la Justicia en México, en él se dice que:

“La calidad de las sentencias fue severamente cuestionada durante la Consulta. Con frecuencia se utilizan machotes, se transcriben los antecedentes de todo el procedimiento, la jurisprudencia se cita indiscriminadamente, sin relacionarla de manera específica con el caso que se resuelve. Adicionalmente, la redacción de las sentencias es muy deficiente, incluso al grado que en ocasiones las sentencias resultan ininteligibles, lo que dificulta entender cuál fue el razonamiento preciso del Juez”.²¹⁹

La respuesta a la pregunta con la que se inició esta sección y al texto citado está, en una parte sustancial, en una adecuada capacitación de las destrezas argumentativas y de una buena redacción lógico estructural, ambas disciplinas son parte de la retórica.

²¹⁹ Cfr. Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una Agenda para la Justicia en México. P. 311. México. Poder Judicial de la Federación. 2006. P. 438.

De la forma como se expone un argumento depende, en medida no pequeña, su aceptación.

Un argumento no muy bueno o, incluso, de segunda categoría, gana mucho si se sabe exponer en forma adecuada, en el sentido lógico, estructural y argumentativo, aparte de la brillantez con que se exponga; en cambio, un buen argumento, magnífico tal vez, pierde parte considerable de su fuerza si está mal expuesto o acusa defectos semánticos y de estructura, defectos que incluso pueden dar lugar a incurrir en falacias del lenguaje.

Así, el argumento que de inicio era excelente se deterioró de manera significativa por la falta de pericia lingüística al momento de ser expresado. La retórica es la encargada de proporcionar todos los instrumentos lógico-lingüísticos necesarios para expresar con precisión y contundencia los argumentos que se han concebido en el intelecto.

En suma, para poder argumentar con eficacia, no basta contar con un buen argumento jurídico, hay que saberlo exponer con claridad y con una buena estructura lógica. Este problema involucra una buena redacción. Sin embargo, dentro de los textos y manuales (incluso tratados) de redacción se le presta muy poca atención a una parte esencial que impacta en forma directa a la argumentación, esta parte son los conectores lógicos del lenguaje.

Los conectores lógicos del lenguaje forman parte de la retórica que es donde se ubica el discurso judicial y que proporciona los instrumentos necesarios para construir y perfeccionar el discurso. De ahí la urgente necesidad de dar (e incluso instituir) una adecuada formación retórica y argumentativa para todos aquellos que participan, directa o indirectamente en la elaboración de resoluciones.

En consecuencia, no podrá tenerse una formación argumentativa adecuada si no se dispone de los elementos esenciales como son un conocimiento básico de la evolución de la retórica y de sus partes fundamentales.²²⁰

Debe decirse de la manera más enfática posible que el manejo y conocimiento tanto de los conectores lógicos del lenguaje como el de la retórica en general de ninguna manera son cuestiones de estilo, afirmar lo anterior denota un profundo desconocimiento no sólo de la lengua sino de la estructura lógica que debe estar presente en todo texto, de manera especial en uno tan relevante como lo es la sentencia entendida como un privilegiado instrumento de comunicación jurídica de extraordinario impacto social. La Sentencia es ante todo un producto cultural, quizá el más representativo de la cultura jurídica mexicana.

²²⁰ Como muestra de los resultados, en ocasiones muy lamentables, que se desprenden de carecer de una formación retórica y argumentativa, está el reconocimiento expreso de que existen, en el medio jurisdiccional, tesis confusas e incompletas. Ahora bien, ¿por qué se dan estas tesis “confusas o incompletas”? En una parte esencial, por un defectuoso manejo del lenguaje — instrumento indispensable de nuestra profesión de abogados y juzgadores — y por falta de una adecuada formación en el manejo de los conectores lógicos del lenguaje, que son los elementos indispensables que a fin de cuentas, sirven para estructurar el texto que contiene los argumentos que se hacen valer en una resolución. Vid. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo II, octubre de 1995. Tesis: P. LXXXI/95, pág. 81. El rubro es el siguiente: **‘CONTRADICCIÓN DE TESIS. CUANDO ES CONFUSA O INCOMPLETA LA TESIS REDACTADA, DEBE ATENDERSE A LA EJECUTORIA RESPECTIVA’.**

Esta investigación no es ni pretende ser una reflexión teórica ni un resumen de las diversas teorías que se han escrito sobre argumentación jurídica, su finalidad es exponer los elementos indispensables para dar una adecuada formación retórica y argumentativa al juzgador y sus respectivos auxiliares así como a todos los profesionistas que laboran en los órganos jurisdiccionales federales y del orden común y, sobre todo, ejercitar de manera eminentemente práctica el uso de los diversos argumentos mediante el estudio y análisis de tesis y ejecutorias. Para ello, se estudiarán con mayor detenimiento los conectores lógicos de la lengua escrita que son los encargados de introducir y estructurar los diversos argumentos, y de los cuales depende una adecuada intelección y exposición de éstos.

La intención de esta investigación es difundir en el medio jurisdiccional lo que se ha meditado sobre la argumentación jurídica, su importancia y la estrecha relación que toda reflexión sobre la argumentación tiene con la retórica, asimismo dar las orientaciones prácticas necesarias para hacer que su uso sea empleado en el trabajo que a diario realizan todos los Tribunales del país.²²¹

Parte esencial de esta investigación consiste en hacer explícitos y plenamente conscientes algunos de los complejos aspectos que están contenidos en nuestro trabajo intelectual y que con frecuencia los realizamos por cierta inercia y de modo casi automático. Al hacer explícitas estas partes se mejorarán, sin duda, todos los

²²¹ Debe mencionarse que de manera adicional y de no menor importancia es la difusión, con Carácter de urgente, de estas consideraciones en el ámbito universitario. Es el periodo de formación universitaria donde se puede obtener un mayor provecho con la adecuada enseñanza y práctica de la retórica y de la argumentación.

elementos intelectuales que intervienen en la confección de una sentencia jurisdiccional.

Por consiguiente, varios de los defectos que suelen aparecer en estos documentos de trascendental importancia para la vida social de toda comunidad, podrán ser superados, dando como resultado sentencias con una sólida estructura argumentativa. Situación que a su vez impacta de modo directo la simplificación real de las mismas. A mayor concreción de un documento, en este caso la sentencia, mayor tendrá que ser el trabajo argumentativo que conlleve su elaboración y, sobretodo, se tendrá que tener especial cuidado y control al plasmar por escrito el texto resultante para que, en forma real, sea un discurso breve, claro y verosímil.²²²

En la actualidad, cada vez más se toma conciencia de que: La credibilidad y confianza en el Poder Judicial, son los elementos básicos para que el ciudadano común sienta que sus Derechos Fundamentales estén realmente protegidos y esa debe ser, sin duda, meta prioritaria de la consolidación democrática.²²³

Esta fuerza, convencimiento y credibilidad se logran en esencia por la forma y fondo de la argumentación con que se responde a cada uno de los planteamientos hechos por el justiciable, y que forman la razón de ser de las sentencias jurisdiccionales.

²²² CICERÓN, Marco Tulio. *De la invención retórica*. México. UNAM. 1977. P. 207.

²²³ BARRIENTOS Pellecer, César C. *Poder Judicial y Estado de Derecho*. Guatemala. F&G. 2001. P. 122.

Depurar, mejorar o perfeccionar en su caso las técnicas y habilidades argumentativas, es el objetivo que se debe lograr al final del presente trabajo; si en alguna medida se consigue, ello redundará de manera directa no sólo en todas las actividades cotidianas sino en legitimar cada acto del Poder Judicial de la Federación.²²⁴

Se inicia con el estudio de la retórica por ser ésta el fundamento que ha dado origen a las nuevas reflexiones y a las diversas corrientes de la teoría de la argumentación. No tener una clara idea de los elementos esenciales, de la importancia y evolución de la retórica, implica abordar sin el instrumental adecuado (casi a ciegas) las recientes reflexiones sobre argumentación jurídica.

Hoy, más que nunca, resulta necesaria una profunda reflexión sobre los principales tópicos de la cultura judicial, en especial, los aspectos que tengan relación directa con los diversos aspectos que se tratarán en esta obra.²²⁵

²²⁴ Respecto al concepto de legitimación es una idea que, según algunos estudiosos, está en crisis, así, se dice que: 'La clave 1.1 está en la idea de legitimidad que sirve de sustento al estado constitucional: una crisis larvada hace tiempo que se ha hecho patente en el momento en que los ciudadanos de los Estados Democráticos se han visto obligados a enfrentarse a solas con su propia realidad. Así las cosas resulta obvio que la respuesta a esa crisis sólo puede venir dada por el replanteamiento de los supuestos de fondo que en su día posibilitaron la construcción de la fórmula de legitimidad que soporta la Democracia de los Modernos. Un replanteamiento que lejos de reducirse a la simple rehabilitación del principio liberal-democrático pasa necesariamente por la reconsideración en profundidad del significado de palabras como libertad, democracia o ciudadanía. GARCÍA, Eloy. El Estado constitucional ante su momento maquiavélico. Madrid. Civitas. 2000. P. 20.

²²⁵ Como lo ha mencionado repetidamente el señor Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Genaro David GONGORA PIMENTEL, al referirse a la formación de los futuros profesionales del derecho: "Será necesario preparar a los futuros profesionales del derecho bajo una visión integral, por lo que los programas educativos deben incluir contenidos sobre metodología y técnicas de investigación, técnica legislativa, filosofía y ética profesional, lógica jurídica 1.1 entre otros" Este mismo pensamiento debe referirse, y en grado superlativo al juzgador federal. Vid. Informe de Labores 2000. Volumen 1. México. Poder Judicial de la Federación. P.402.

El llamado a esta reflexión ha sido una preocupación constante en el Poder Judicial de la Federación, con el objeto de formar cada vez mejores impartidores de justicia abiertos a las múltiples posibilidades que les brinda una visión adecuada sobre las posibilidades de la argumentación jurídica.

Un buen empleo de la retórica ayudará bastante para plantear mejor razones que se expongan para apoyar o defender una tesis. La retórica es el instrumento para plantear con corrección nuestros argumentos. Respecto a la argumentación, comenta Anthony WESTON:

Algunas personas piensan que argumentar es, simplemente, exponer sus prejuicios bajo una nueva forma. Por ello, muchas personas también piensan que los argumentos son desagradables e inútiles. Una definición de «argumento tomada de un diccionario es disputa. En este sentido, a veces decimos que dos personas tienen un argumento: una discusión verbal. Esto es algo muy común. Pero no representa lo que realmente son los argumentos; dar un argumento significa ofrecer un conjunto de razones o pruebas en apoyo a una conclusión. Aquí, un argumento no es simplemente la afirmación de ciertas opiniones, ni se trata simplemente de una disputa. Los argumentos son intentos de apoyar ciertas opiniones con razones. En este sentido, los argumentos no son inútiles, son, en efecto, esenciales.²²⁶

²²⁶ WESTON, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Barcelona. Ariel. 1998. P. 13.

Si nos preguntamos ¿cómo se ofrece este conjunto de razones o pruebas en apoyo a una conclusión? Se ofrece mediante un discurso, y la ciencia que lo estudia y lo hace convincente o persuasivo, es la retórica.

Aparte de la contundencia de la afirmación anterior, debe destacarse la importancia que tiene hoy en el derecho el estudio del lenguaje (corriente analítica italiana, y otras). La Sentencia Jurisdiccional, razón de ser de las reflexiones que nos ocupan, es un documento escrito, en el que, por mandato constitucional, se vierte necesariamente una serie de argumentos (motivación y fundamentación): buenos, regulares o malos, convincentes o no, plausibles o no plausibles.

Al referirse a la retórica, Luis PRIETO SANCHÍS afirma:

El pensamiento retórico puede mostrarnos las distintas operaciones que componen el complejo proceso del razonamiento jurídico, subrayando los prejuicios, tradiciones y valores que explican en parte el sentido de las decisiones judiciales, sobre todo en los casos difíciles.²²⁷

Debe enfatizarse no sólo 'puede mostrarnos', sino que de hecho muestra las operaciones que conforman el razonamiento jurídico y lo plasma por escrito o en forma verbal, en su caso.

²²⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid. Civitas. 1993. P. 53.

Como puede observarse aquí, la retórica presta un servicio de trascendental importancia en virtud de que, en nuestro sistema, los razonamientos jurídicos se plasman, casi en su totalidad por escrito.

La referencia a la retórica es constante, como sucede en VIEHWEG, PERELMAN, TOULMIN, ALEXY y AARNIO. El primero de ellos sostiene que:

La jurisprudencia presenta una forma de razonamiento que muy poco o nada tiene que ver con la lógica axiomática y con los modelos del pensar sistemático; la jurisprudencia se conecta ante todo con un pensamiento problemático y tópico.²²⁸

No se puede conocer la tópica jurídica sin una formación retórica previa. No sin razón, tradicionalmente se ha considerado la teoría de la argumentación como una parte fundamental del sistema retórico.²²⁹

Asimismo, es necesario mencionar que entre los intersticios de las normas jurídicas, queda siempre un lugar para la retórica y para el desarrollo de los valores ideológicos y culturales que no están en la ley, sino que nacen de la práctica judicial.

Es ya conocido el problema de las implicaciones ideológicas que presentan algunas construcciones retóricas o hermenéuticas, el intérprete del derecho no puede hacer abstracción absoluta de cierta ideología y valores que por su propia

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ PLANTIN, Christian. *L'argumentation*. Paris. Seuil. 1999. P. 8 y ss.

naturaleza, comparte al formar parte de una comunidad determinada. En consecuencia, resulta evidente que:

Lo que interesa destacar es que el tipo de razonamiento que tiene su origen en los *Tópicos*, en la Retórica, y en las *Refutaciones de los Sofistas* de Aristóteles, no se dirige a establecer demostraciones científicas, sino a guiar deliberaciones y controversias, o, lo que es lo mismo, si alguna seguridad y certidumbre proporciona no será la seguridad y certidumbre propias de la ciencia.²³⁰

La ciencia encargada de guiar y estructurar las deliberaciones y controversias por medio del discurso, es precisamente la retórica, entendida ésta como ciencia del discurso, en tanto arte (o técnica) de presentar argumentos para convencer.

La presencia de la retórica en las tareas jurisdiccionales resulta ser necesaria si se considera que ésta reviste un aspecto epistemológico de primer orden. Es este uno de los aspectos más trascendentes de la retórica, su vínculo con el conocimiento y la expresión del mismo. Bien se ha notado que:

Por ello, la incitación a reflexionar sobre las relaciones entre la palabra y la filosofía, o bien sobre la dimensión retórica del discurso, quiere reconducir de manera sistemática el regreso de una actitud suspicaz hasta qué punto en el ente nombramos lo que hay en él, ¿hasta qué punto únicamente decimos en él nuestras

²³⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit. P. 82

afecciones?, hacia un muy acertado corolario: el fundamento retórico de toda epistemología, o lo que haremos bien en llamar epistemología de los tropos.

Puesto que la disyunción entre el pensamiento del logos y el pensamiento sobre la palabra es el gesto fundante de la filosofía, es decir, aquel que la define, además del gesto por el que se anuncia el camino y el horizonte (método) de la metafísica; puesto que de una interpretación bastante consistente de la historia de la filosofía ésta no ha podido evitar caminar este sendero, entonces la razón de ser de este trabajo es ciertamente extraordinaria, paradójica. Siendo así las cosas, esta restauración del buen nombre de la retórica impone una nueva manera de entender el saber: un cambio en nuestra voluntad de verdad.

Durante mucho tiempo la filosofía presentó esta voluntad de verdad como conocimiento, o lo que es lo mismo, redujo la verdad a una preocupación por el ente. Sin embargo, otra voluntad de verdad permanecía en la literatura y en la retórica.

La retórica se presentaba como un arte de la persuasión, o bien, en cuanto una sistematización de las artes de la palabra. El término clave parecía ser el de verosimilitud opuesta al vocablo epistemológico verdad. Las artes de la palabra mostraron, cuando se dirigía a la lectura de textos o discursos, que al nivel de la argumentación ellos estaban positivamente llenos de retórica antigua. Asimismo, estas mismas artes de la palabra evidenciaban un gobierno que iba mucho más allá del gobierno humano, y que representaba a la vez su hábitat y aquello por lo que en

el nombre de poder se combatía.²³¹ Del fragmento citado se deduce la importancia que tiene la retórica en el ámbito del conocimiento.

Por último, debe mencionarse que es necesario, hacer un análisis previo sobre el significado y concepción del término filosofía, tema sobre el cual suelen existir ideas equivocadas, cuando no falsas, entre los profesionales del derecho, lo que origina una actitud de menosprecio por esta disciplina trascendental. En una parte específica de este trabajo, en el capítulo segundo, se tratará sobre la retórica y la filosofía. Por el momento basta decir que:

La retórica ha ofrecido instrumentos a la hermenéutica y a la pragmática; ya que la retórica sirve para encodificar y las otras para decodificar, cumplen dos aspectos de la misma actividad comunicativa.

De esta manera, la retórica tiene un carácter interpretativo congénito, lo que la conecta con la hermenéutica y la pragmática, que son los nombres que más se dan a la disciplina de la interpretación. La retórica lleva a la hermeneutización y pragmatización de la filosofía, pero también a la ontologización de la misma; porque, en definitiva, la retórica abre a un tipo muy específico de conocimiento y de la realidad.²³²

²³¹ MARTÍNEZ de la Escalera, Ana María. *La retórica o el privilegio de la palabra*. (Consideraciones sobre filosofía y retórica). México. UNAM. 2000. P. 37.

²³² BERISTÁN, H., y Mauricio BEUCHOT. *Filosofía, retórica e interpretación*. México. UNAM. 2000. P. 9.

CAPITULO V

EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA Y EL NEOCOSTITUCIONALISMO: FUNDAMENTOS DEL CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS PENALES

En este capitulo vamos a fundamentar que, el Juez, al conocer el derecho, lo cual incumbe a todos los principios, valores, Derechos Humanos contenidos en la Constitución, debe aplicar las normas jurídicas conforme a lo precisado y este debe reflejarlo en los fallos emitidos a través de una sentencia.

En este sentido vamos a estudiar el principio “*iura novit curia*” el cual nos conducirá a concluir que el Juez tiene este principio como herramienta para aplicar el derecho dentro de la teoría del neoconstitucionalismo.

5.1. PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA”: ETIMOLOGÍA

Históricamente, el principio en comento se traducía de la siguiente manera: “Dadme los hechos y os daré el derecho”; sin embargo a fin de comprender la profundidad de su significado, previamente es necesario realizar algunas precisiones,

teniendo en cuenta la doctrina procesal más autorizada sobre el tema; así, el procesalista Santiago SENTÍS Melendo²³³ precisa que el sujeto de la oración es curia, el verbo es novit, y la otra palabra iura es el complemento directo: Curia: Es el conjunto de la comitiva del rey, o de los organismos y tribunales en general para el gobierno de una nación, encargada obviamente de la función jurisdiccional. Novit: Se precisa: “Este predicado verbal novit, constituye la tercera persona del singular, del pretérito perfecto de nosco, noscis, noscere, novit, notum, que significa conocer”, por ende, para indicar que el Juez conoce el derecho hay que emplear el pretérito. Iura: es una palabra plural que significa derechos. Los estudiosos de la materia, entre ellos AUGENTI y COUTURE, realizan una disquisición respecto de la singularidad de nombrarse como plural o singular.

Para los procesalistas más entendidos, tal palabra nació como singular: ius, siendo el sentido de “derecho” objetivo (el sistema de normas en abstracto). Sin embargo COUTURE (citado por SENTÍS Melendo) anota que la palabra debe emplearse en su acepción plural: iura que significa “derechos”, ya que ella alude a los derechos subjetivos (cuando un sujeto exige a otro el cumplimiento de lo prescrito en la norma jurídica).²³⁴

Por otro lado, ALSINA precisa: “Aunque las partes no invoquen el derecho, o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige”; de esta forma el principio *iura novit curia* va

²³³ SENTÍS MELENDO, Santiago. *El juez y el derecho*. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. Pp. 20-27.

²³⁴ MONROY GALVEZ, Juan. *Temas de proceso civil*. Op. Cit. P. 41.

perfilando su naturaleza y se deslinda claramente las funciones que le corresponde al interior de un proceso. Finalmente, SENTÍS Melendo afirma que el significado exacto del principio que hoy en día se le atribuye, es el de conocimiento del derecho objetivo de la norma jurídica por parte del Juez. La extensión del aforismo y la aplicación normal del mismo alcanza a los derechos subjetivos hechos valer por los litigantes. Como se observa, ya se dilucida el verdadero significado del iura novit curia, que contempla tanto el derecho objetivo como los derechos subjetivos; de ahí que su uso debe ser en plural: iura; “El Juez conoce los derechos”.²³⁵

5.2. CONCEPTO DEL PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA”:

La aplicación del derecho que corresponde al proceso, cuyo objeto es una pretensión o pretensiones concretas, requiere, lógicamente y necesariamente que el encargado de realizar esa aplicación tenga un conocimiento suficientemente, adecuado y profundo del ordenamiento jurídico, donde se comprende no solamente a las normas positivas o escritas, sino que se extiende a la doctrina, jurisprudencia y principios, además de los valores y derechos humanos según los tratados internacionales de la cual México es parte, como ya habíamos venido expresando en líneas anteriores.²³⁶

Los Jueces (en tanto que operadores jurisdiccionales encargados de seleccionar la norma jurídica pertinente, interpretar dicha norma pertinente, motivar su decisión

²³⁵ COSSÍO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico*. Op., Cit. P. 59.

²³⁶ SENTÍS Melendo, Santiago. *El juez y el derecho*. Ediciones jurídicas. Op. Cit. P. 67.

en la norma pertinente, y declarar los efectos jurídicos de la norma pertinente) quedan obligados a emitir su decisión conforme con el sistema de fuentes legalmente establecido. Por lo tanto, es lógico que se afirme que el tribunal (la curia) tiene el deber de conocer el ordenamiento jurídico: ese deber se formula mediante el principio *iura novit curia*, que conceptualizamos como: “El deber funcional que tienen los Jueces de conocer el ordenamiento jurídico, con el fin de resolver los procesos, aplicando el derecho (norma, jurisprudencia, doctrina y principios) que corresponde al caso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente; sin alterar los hechos ni el petitorio que corresponde a la pretensión, ni vulnerando el debido proceso”.²³⁷

5.3. EL PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA” ¿ES UNA FACULTAD?

Veamos primero a lo que se refiere el término Facultad: Como sostiene la doctrina, el concepto de facultad está ligado íntimamente al concepto de derecho subjetivo, al extremo que se suele identificarlos. Por su parte Kelsen consideraba que no existen facultades que no estén normativamente (Derecho objetivo) determinadas; sostiene que hay facultad cuando: “entre las condiciones de la consecuencia jurídica se incluye una manifestación de voluntad dirigida hacia ella y emitida en forma de acción procesal o de querrela del lesionado en sus intereses por la situación de hecho antijurídica”.²³⁸ A su vez, COSSÍO postula que la facultad es:

²³⁷ MONROY Galvez, Juan. *Temas de proceso civil*. Op. Cit. P. 85.

²³⁸ Kelsen, Hans. *La teoría pura del derecho*. Ediciones Losadas. Buenos Aires. 1946. P. 78.

“la posibilidad de ejecutar cualquier acto lícito con prescindencia de que el contenido de ese acto se haya determinado con autonomía o heteronomía”.²³⁹

En sede nacional, el profesor Juan MONROY Gálvez conceptualiza al derecho subjetivo como un conjunto de facultades, admitiendo la identificación entre ambos conceptos, realizando una mayor precisión, sostiene que “Una norma jurídica genera subjetivamente una relación jurídica entre dos sujetos. Ente ambos se establece una relación desequilibrada, uno de ellos tiene un poder y el otro una obediencia. Al poder le hemos denominado derecho subjetivo. A la obediencia le vamos a denominar deber jurídico u obligación. Ahora bien, ese poder o derecho subjetivo surgido de la norma tiene existencia autónoma, es reconocido como tal por el ordenamiento jurídico a partir de la misma norma. Sin embargo, este poder o derecho subjetivo autónomo y genérico, tiene una serie de manifestaciones menores. A estas manifestaciones concretas del derecho subjetivo les llamamos facultades”.²⁴⁰

Por nuestra parte, consideramos que la facultad proviene del latín *facultas*, que significa poder, derecho, consistente en la aptitud o la capacidad para hacer algo. En tal sentido, la “facultad” se asocia a aquello que es optativo, potestativo; de ahí facultativo. El concepto jurídico de potestad significa la aptitud de una persona para modificar la situación jurídica existente de uno mismo o de otros; sin embargo si no

²³⁹ COSSÍO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad*. Ediciones Losadas. Buenos Aires. 1944. P. 333.

²⁴⁰ MONROY Galvez, Juan. *Temas de proceso civil*. Librería studium ediciones. Perú. 1987. P. 198-199.

se ejerce tal facultad, ello no acarrea ninguna sanción, pues resulta que su ejercicio por parte de su titular es potestativo o discrecional.

En esta perspectiva, el principio *iura novit curia* no puede considerarse una mera facultad, en el sentido que el Juez tiene absoluta discrecionalidad para aplicar o no el derecho que corresponde al proceso; ello sería arbitrario y vulneraría el debido proceso, pues a libre criterio discrecional de los Jueces el derecho pertinente al caso, en ocasiones se aplicaría y en otras no, generando una grave vulneración del derecho al debido proceso y de ser tratados por igual ante la ley.²⁴¹

Además, de considerarse que el *iura novit curia* es una simple facultad, ante la omisión del Juez de aplicar el derecho que corresponde al caso concreto, no generaría ninguna sanción disciplinaria ni de otro tipo sobre el operador jurisdiccional, pues por definición la facultad no genera obligación ni consecuencias gravosas para su titular, simplemente es optativo y discrecional; por lo que teniendo en cuenta la trascendencia del principio *iura novit curia*, definitivamente su naturaleza no participa del concepto de facultad, sino de otra categoría que constituye un imperativo para todo Juez, cuya inobservancia genera consecuencias.²⁴²

²⁴¹ Kelsen, Hans. *La teoría pura del derecho*. Op. Cit. P. 104.

²⁴² COSSÍO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico*. Op. Cit. P. 101.

5.4. EL PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA” ¿ES UN DEBER?

El Derecho (en tanto que orden normativo) establece deberes, el contenido del deber jurídico es la obligación establecida en la norma jurídica. Así entonces, la diferencia del deber jurídico respecto a otros deberes (éticos, morales, sociales, religiosos, que pudieran venir establecidos por la axiología, la moral, los usos sociales o la religión, respectivamente) es el origen de su obligación.

En efecto, la obligación presupone la existencia previa de la norma jurídica que lo establece, como exigencia o imperativo de realizar una conducta o como prohibición de realizarla. En esta perspectiva, siendo el Derecho un orden normativo cuyo cumplimiento puede ser exigido coactivamente, mediante la aplicación de las sanciones previstas para el caso de incumplimiento, es evidente que el incumplimiento del deber jurídico presupone la posibilidad de aplicar una sanción. Esta es otra diferencia relevante respecto de la “facultad”, que como vimos anteriormente, por ser discrecional u optativo no genera sanción alguna.

En tal sentido, para un sector de la doctrina, el deber es la obligación impuesta por una norma jurídica, de realizar una cierta conducta, ante cuyo incumplimiento genera una sanción. A partir de esta noción, podemos conceptualizar el deber jurídico como: “el cumplimiento de una conducta determinada normativamente, por parte del sujeto destinatario de un orden jurídico, ante cuyo incumplimiento se le puede imponer coactivamente, aplicando la sanción prevista legalmente”.²⁴³

²⁴³ SENTÍS MELENDO, Santiago. *El juez y el derecho*. Ediciones Jurídicas Op. Cit. P. 140.

Como se puede observar, en esta conceptualización del deber jurídico se comprende a la conducta (contenido de la obligación), la norma (presupuesto previo y necesario), la sanción y la posibilidad de imposición coactiva (consecuencia del incumplimiento del deber jurídico).

Pese a ello, existen diferentes concepciones sobre esta cuestión. En efecto, existen teorías que identifican el deber jurídico con el deber moral o de conciencia (como la doctrina iusnaturalista) que considera que el deber jurídico es un deber esencialmente moral, aunque ha sido criticada apelando al carácter heterónomo de las normas jurídicas y a la posibilidad de que el cumplimiento de las conductas que prescriben se imponga coactivamente; y, la teoría del reconocimiento, defendida por BIERLING y que fundamenta el deber de obediencia al derecho en la aceptación o el reconocimiento de las normas por el sujeto a quien van dirigidas.²⁴⁴

También existen teorías que consideran el deber jurídico como sometimiento a la coacción (como las teorías de la fuerza), que consideran que el deber jurídico es una manifestación del poder y de su fuerza coactiva y que aparecen ya en el pensamiento de los sofistas e incluso el marxismo puede considerarse como una formulación de esta teoría; y, la teoría de Hans KELSEN, para quien sin sanción no hay deber jurídico y que define el deber jurídico como “una norma jurídica positiva, que ordena la conducta del individuo, al enlazar con el comportamiento contrario una sanción”.

²⁴⁴ SENTÍS MELENDO, Santiago. *El juez y el derecho*. Ediciones jurídicas. Op.Cit. P. 231.

Finalmente, encontramos teorías que consideran que, incluso en los casos en que el deber jurídico se fundamenta exclusivamente por referencia a las normas jurídicas, es posible establecer un fundamento ético relativo a la obligación jurídica, entendiéndola como obligación de obedecer al derecho, por considerar que el derecho es en sí mismo valioso. Por nuestra parte, expuestas brevemente las concepciones en torno al deber, consideramos que el principio *iura novit curia* constituye un deber funcional inherente a todo Juez, pues en un Estado de derecho, y contemporáneamente en un Estado Constitucional, no es posible concebir de otro modo la función de aplicar el derecho pertinente que corresponde al caso, pues tal función incide directamente en el contenido esencial del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, que resultarían vulnerados si no se aplicara el derecho que corresponde.

5.5. EL PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA” ¿ES UNA OBLIGACIÓN?

En términos generales, la obligación puede definirse como la relación jurídica en virtud de la cual una persona, llamada acreedor, tiene la facultad de exigir de otra persona, llamada deudor, un determinado comportamiento positivo o negativo, llamado débito o prestación, cuya responsabilidad de cumplimiento queda garantizada con todo el activo patrimonial de dicho deudor. De lo expuesto podemos establecer que dos son las bases fundamentales de la relación jurídica obligacional.²⁴⁵

²⁴⁵ MONROY GALVEZ, Juan. *Temas de proceso civil*. Op. Cit. P. 38.

Por lo tanto, concluyendo este aspecto, sostenemos que el principio “*iura novit curia*” no es una facultad ni obligación, sino un deber funcional. Mas aun en el ámbito de la justicia penal, y específicamente en un proceso penal acusatorio donde el Juez al conocer el derecho debe aplicarlo conforme a los principios, valores, Derechos Fundamentales y Derechos Humanos del cual México forma parte.

5.6. EL PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA”: UNA HERRAMIENTA DEL JUEZ EN TORNO AL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA SENTENCIA

Antes de profundizar en el tema en torno al subtítulo de este apartado debemos precisar la nueva perspectiva del concepto de derecho que el neoconstitucionalismo ha traído consigo. Esto nos ayudará a encuadrar al principio “*iura novit curia*” a una perspectiva mas amplia que la acostumbrada perspectiva legalista, donde erróneamente se cree que derecho incumbe nada mas a una norma positivizada en un cuerpo legal.

El neocostitucionalismo ha influenciado para que se agreguen mas elementos en la teoría del derecho; ahora ya no hablamos de una mera norma jurídica positivizada en un cuerpo juridico, si no mas bien ahora el derecho enmarca a principios, valores, que fundamentan, principalmente una Constitución, además de los Tratados Internacilaes sobre Derechos Humanos donde México ahora es parte. En este sentido el Juez debe conocer el derecho y aplicarlo (principio “*iura novit curia*”) según estos estándares mencionados.

Ahora bien, el principio *iura novit curia* es una potestad irrenunciable del Magistrado, o un deber funcional como ya habíamos definido anteriormente, pues entre los poderes que puede ejercer el órgano judicial se encuentra el principio del *iura novit curia*, regla que establece la facultad y el deber del juzgador de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen, con independencia de los fundamentos o argumentos jurídicos que enuncien las partes. Es que en la aplicación e interpretación de las normas, los jueces tienen la potestad privativa de valerse del derecho prescindiendo del encuadre jurídico que le dé al caso el titular de la acción penal, por lo que pueden enmendar el derecho que consideren mal invocado y pronunciarse acerca de la ley aplicable, sin otras ataduras que la propia normativa.

Ademas como ya hemos precisado, cuando el neocosntitucionalismo se ha ido instaurando en los diferentes países este ha traído consigo una nueva perspectiva del concepto de derecho, lo cual ahora deja de lado la perspectiva meramente legalista y mas bien se amplía a los principios, a los valores, a los Tratados Internacionales, sobre Derechos Humanos que México forma parte y que la Constitución enmarca. Esto quiere decir que el Juez esta facultado y tiene el deber funcional de tomar en cuenta para sus fallos estos principios, valores, Derechos Humanos, haciendo por lo tanto una exhaustiva ponderación, para que el fallo vaya de acuerdo a los parámetros constitucionales y Tratados Internacionales si fuera necesario según cada caso concreto.

Por ello, es esa la facultad que el principio *iura novit curia* le otorga a los magistrados: seleccionar la figura del repertorio normativo que encuentre más ajustada a la realidad que presenta el caso y aplicarla con libertad, ya que está habilitado a vincular legalmente la conducta sometida a juicio de un modo diferente ha como lo hizo el acusador.

Al respecto, podemos analizar la siguiente Tesis protectora de los Derechos Humanos que han sido violentados y no denunciados:

Tipo de documento: Jurisprudencia

Décima época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: Libro XX, Mayo de 2013

Página: 1031

SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL JUICIO DE AMPARO. SUS ALCANCES A RAÍZ DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 10 DE JUNIO DE 2011. A partir de la reforma de diez de junio de dos mil once al artículo 1o., en relación con el 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se estableció la obligación de toda autoridad de promover, respetar y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, quedando así establecidas las premisas de interpretación y salvaguarda de los derechos consagrados en la Constitución, que se entiende deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias (universalidad); asumiendo tales derechos como

relacionados, de forma que no es posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras (indivisibilidad e interdependencia); además, cada uno de esos derechos o todos en su conjunto, obedecen a un contexto de necesidades pasadas y actuales, y no niegan la posibilidad de su expansión, siendo que crecen por adecuación a nuevas condiciones sociales que determinen la vigencia de otras prerrogativas que deban reconocerse a favor del individuo (progresividad). Al positivarse tales principios interpretativos en la Constitución, trascienden al juicio de amparo y por virtud de ellos los tribunales han de resolver con una tendencia interpretativa más favorable al derecho humano que se advierta conflagrado y con una imposición constitucional de proceder a su restauración y protección en el futuro, debiendo por ello quedar superados todos los obstáculos técnicos que impidan el estudio de fondo de la violación, fundados en una apreciación rigorista de la causa de pedir, o la forma y oportunidad en que se plantea. En ese sentido, la suplencia de la queja deficiente encuentra fortalecimiento dentro del juicio de garantías, pues a través de ella el Juez puede analizar por sí una violación no aducida y conceder el amparo, librando en ese proceder los obstáculos derivados de las omisiones, imprecisiones e, incluso, inoportunidades en que haya incurrido quien resulta afectado por el acto inconstitucional, de manera que es la suplencia el instrumento que mejor revela la naturaleza proteccionista del amparo, y su importancia, como mecanismo de aseguramiento del principio de supremacía constitucional, mediante la expulsión de aquellos actos o disposiciones que resulten contrarios al Ordenamiento Jurídico Máximo. Así, las reformas comentadas posibilitan ampliar su ejercicio, por lo que cuando en el conocimiento de un juicio de amparo la autoridad advierta la presencia

de un acto que afecta los derechos fundamentales del quejoso, podrá favorecer el estudio de la violación y la restauración de los derechos conflagrados, por encima de obstáculos derivados de criterios o interpretaciones sobre las exigencias técnicas del amparo de estricto derecho, como la no impugnación o la impugnación inoportuna del acto inconstitucional, su consentimiento presuntivo, entre otros, pues estos rigorismos, a la luz de los actuales lineamientos de interpretación constitucional, no podrían anteponerse válidamente a la presencia de una manifiesta conflagración de derechos fundamentales, ni serían suficientes para liberar al tribunal de procurar la restauración de dicha violación, del aseguramiento de los derechos fundamentales del individuo y del principio de primacía constitucional en la forma más amplia. Además, tal proceder es congruente con la intención inicial reconocida a la suplencia de la queja, pues ante la presencia de un acto inconstitucional, se torna en salvaguarda del ordenamiento jurídico en general y del principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 133 constitucional, en tanto que las deficiencias en que incurra el agraviado, relacionadas con la falta de impugnación o la impugnación inoportuna, pueden entenderse como una confirmación del estado de indefensión en que se encuentra y del cual debe ser liberado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 319/2011. Joaquín del Bosque Martínez. 24 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Carlos Rodríguez Navarro. Secretario: Eucario Adame Pérez.

Amparo directo 100/2012. Olga Canavati Fraige viuda de Tafich y otro. 30 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Elías Gallegos Benítez. Secretario: Mario Enrique Guerra Garza.

Amparo directo 223/2012. Rodolfo Guadalupe González Aldape. 27 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Carlos Rodríguez Navarro. Secretaria: Griselda Tejada Vielma.

Amparo directo 296/2012. Rodolfo Guadalupe González Aldape. 17 de enero de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: José Carlos Rodríguez Navarro. Secretario: Eucario Adame Pérez.

Amparo directo 13/2013. 18 de abril de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Alejandro Bermúdez Manrique. Secretario: Víctor Hugo Alejo Guerrero.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Constitución no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe. En base a lo anterior, es el juzgador quien debe interpretar la misma en lo que a aplicación del derecho se refiere, cuando surge una controversia entre las partes; de ahí que los juzgadores deben ser personas de reconocida solvencia moral e intachable conducta y valores, así como los mejores en la materia y en el conocimiento de las leyes, mostrando una visión y apertura sobre las diversas circunstancias que rodean la controversia entre las partes en conflicto, resolviendo de la mejor manera posible, a fin de que las partes queden conformes. Actualmente, las reformas del 6 y 10 de Junio de 2011 a la Constitución Federal, robustecieron los derechos de los gobernados elevándolos a rango constitucional, aunque antes de dichas reformas, la obligación de las autoridades hacia sus gobernados era de respeto a las garantías individuales, mismas que en la practica no se realizaban, pues eran letra muerta y no existía autoridad capaz de hacerlas cumplir; por lo anterior fueron necesarias las reformas constitucionales de 2011, con el fin de dejar sin efectos los procesos iniciados a los gobernados, si sus derechos no eran respetados y así se acreditaban ante la autoridad correspondiente.

SEGUNDA.- La Constitución no es sólo una norma, sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario. Aunque en la practica, existen leyes secundarias contrarias a la norma suprema, mismas que causan agravios a los gobernados, pero mientras los gobernados no las recurran, las mismas son aplicables en perjuicio de los individuos, sin que exista ordenamiento que deje sin efectos en automatico y sancione a quien las aplique, que por lo regular es una autoridad que tiene pleno conocimiento que la norma secundaria que esta ordenando aplicar, sea contraria a los lineamientos constitucionales. Ejemplo claro de lo anterior, son los derechos políticos de los gobernados a votar y ser votados, mas sin embargo, las mismas autoridades condicionan dichos derechos a que para que se les respete esa máxima constitucional, deben estar adheridos a algún partido político, y quien quiera hacer valer ese derecho, tenga que recurrir forzosamente al juicio de amparo y otros instrumentos internacionales de carácter legal obligatorio de los que México es parte, como lo hizo valer el señor JORGE CASTAÑEDA GUTMAN, quien demando a los Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, quien dicto sentencia a favor del ciudadano Castañeda, en fecha 6 de Agosto de 2008, y en donde ordena al estado mexicano, a ajustar sus normas secundarias a fin de que le fueran respetados los derechos políticos al señor Castañeda.

Según indicó la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, quien sometio a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la demanda que presento el señor Castañeda, misma que: “se relaciona con la inexistencia en el

ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman, inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México”, para las elecciones que se celebraron en julio de 2006.

En la demanda la Comisión solicitó a la Corte que declare que “México es responsable por la violación en perjuicio de Jorge Castañeda Gutman, del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la Convención”.

La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación y que reintegre las costas y gastos.

TERCERA.- Es consecuencia de lo anterior, pues si la Constitución es una verdadera norma suprema ello supone que no requiere la disposición de ningún otro acto jurídico, singularmente de una ley secundaria para desplegar su fuerza vinculante; por eso, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligada. De ahí que resulta innecesario obligar al gobernado a hacer uso de otros instrumentos costosos para lograr que se le respeten los derechos que establece la norma suprema, cuando así lo establece la Constitución; y con ello resulta que no existe ni se aplica sanción

alguna contra la autoridad que inaplica los dispositivos que establece la norma suprema, dejando la impunidad a favor del gobernante y con ello fomentando la continua violación a la misma, restándole fuerza a la Constitución.

CUARTA.- La mayoría de los problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional, tanto por sus fricciones con el legislador democrático como por sus fricciones con la jurisdicción ordinaria, traen causa de la existencia de constituciones materiales, cargadas de principios de justicia tendencialmente contrastantes cuyos eventuales conflictos han de ser resueltos mediante un ejercicio de poder notablemente discrecional. Abusando incluso la misma Suprema Corte de Justicia, de ese poder discrecional; recordemos por ejemplo, la Sentencia Cassez, según el Amparo en Revisión 517/2011, emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a cargo del ministro ponente Arturo Zaldivar Lelo de Larrea, según sesión pública del día 23 de Enero de 2013, y en donde se ordeno poner en inmediata libertad a la supuesta secuestradora francesa Florence Marie Louis Cassez Crepin, misma que ya había sido sentenciada en definitiva en todas las instancias locales y federales en nuestro país y, en un hecho sin precedentes la Suprema Corte, en un simple acuerdo sin sustento jurídico, decide por discrecionalidad volver a juzgar y emitir un fallo sobre el caso de la francesa, siendo que la misma Constitución establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, a lo que la Corte desestimo, y no fue sancionada por semejante arbitrariedad y aberración jurídica validado por la misma Suprema Corte de Justicia, quedando en evidencia nacional e internacional el estado mexicano, ya que en mi opinión jurídica personal, debio iniciárseles juicio de desafuero a los involucrados y

consignarlos por delitos graves y violación de la norma suprema, pues según los lineamientos de nuestras leyes: en México, el primer antecedente de la prohibición *ne bis in idem*, aparece en el artículo 25 del proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 16 de junio de 1856, quedando en forma definitiva en el arábigo 24 de la Constitución Política de 5 de febrero de 1857 y en la de 1917, junto con otras dos garantías, de la siguiente manera: "...Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene...". Situación que aconteció con la secuestradora francesa, ya que fue condenada a 60 años de prisión en definitiva y la Corte con esa discrecionalidad violatoria de la misma Constitución, ordenó su inmediata libertad, sin tomar en cuenta a las diversas víctimas de secuestro y daños físicos y psicológicos de que fueron objeto, por la señora Cassez y que la reconocieron en juicio, con diversas probanzas.

La Corte, al respecto, fundó su decisión en la siguiente Tesis, no obstante lo hizo de forma extemporánea, puesto que la indiciada ya había sido juzgada en definitiva por la autoridad competente:

Tipo de documento: Tesis aislada

Décima época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: Libro XX, Mayo de 2013

Página: 530

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. LA FINALIDAD DEL ARTÍCULO 36, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL. Una de las funciones

primordiales de las delegaciones consulares es proporcionar ayuda a los connacionales que se encuentran en problemas fuera de su país. Así, el artículo 36, primer párrafo, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es el resultado de un consenso internacional: los extranjeros se enfrentan a desventajas singulares al momento de ser detenidos por una autoridad y someterse a un proceso penal bajo las normas de un ordenamiento jurídico que les resulta extraño. El derecho a la notificación, contacto y asistencia consular representa el punto de encuentro entre dos preocupaciones básicas del derecho internacional. Por un lado, afianzar el papel de las oficinas consulares como representantes de la soberanía de su país de origen y, por el otro, la creciente preocupación de la comunidad internacional por el respeto a los derechos humanos, siendo particularmente relevante la tutela judicial efectiva de aquellos derechos que conforman las garantías del debido proceso. En la jurisprudencia internacional, la importancia de este derecho fundamental ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al emitir la Opinión Consultiva OC-16/99, que lleva por título "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso". En esta resolución, la Corte Interamericana estableció que el derecho a la asistencia consular es parte del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo, por lo que debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo. En esta misma línea, la Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos (México v. Estados Unidos de América), reconoció que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares consagra un

verdadero derecho fundamental para los individuos detenidos en el extranjero y que los Estados deben propiciar todas las medidas posibles que otorgue su ordenamiento jurídico a fin de reparar a los extranjeros las violaciones a este derecho.

Amparo directo en revisión 517/2011. 23 de enero de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular y Jorge Mario Pardo Rebolledo; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea formuló voto concurrente. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Javier Mijangos y González y Beatriz J. Jaimes Ramos.

Así como la diversa Tesis aislada, sobre la exposición de detenidos, ante los medios masivos de comunicación:

Tipo de documento: Tesis aislada

Décima época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: Libro XX, Mayo de 2013

Página: 565

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU RELACIÓN CON LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. A lo largo de su jurisprudencia, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido el papel central que juegan la libertad de expresión y el derecho a la información en un Estado democrático constitucional de Derecho, como piezas centrales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. El orden constitucional mexicano promueve la comunicación libre y socialmente trascendente, pues el intercambio de información y opiniones entre los distintos comunicadores contribuirá a la formación de la voluntad social y estatal, de modo que es posible afirmar que el despliegue comunicativo es constitutivo de los procesos sociales y políticos. Sin embargo, el proporcionar información sobre eventos de interés nacional para un debido ejercicio del derecho a

la información no puede justificar la violación de los derechos fundamentales de los detenidos y acusados. Es decir, la finalidad de brindar información sobre hechos delictuosos a los medios periodísticos no puede justificar la violación a la presunción de inocencia, como regla de trato en su vertiente extraprocesal, por parte de las autoridades que exponen como culpables a los detenidos. En este sentido, se estima que al proporcionar información sobre hechos delictuosos, las autoridades deben abstenerse de deformar la realidad a fin de exponer a una persona frente a la sociedad y, principalmente, frente a las futuras partes del proceso, como los culpables del hecho delictivo. Por el contrario, deben constreñirse a presentar en forma descriptiva y no valorativa la información relativa a la causa penal que pueda tener relevancia pública, absteniéndose de brindar información sugestiva que exponga al detenido a un juicio paralelo y viole su derecho a ser tratado como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie. Esta misma lógica ha sido sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual estableció en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, que el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. En el mismo sentido, al dictar sentencia en el Caso Loayza Tamayo vs. Perú, la Corte Interamericana condenó enfáticamente la práctica consistente en exponer ante los medios de comunicación a personas acusadas por la comisión de delitos, cuando aún no han sido condenadas por sentencia firme. Al respecto, dicho tribunal sostuvo que el derecho a la presunción de inocencia exige que el Estado no condene informalmente a una

persona o emita un juicio ante la sociedad que contribuya así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquélla.

Amparo directo en revisión 517/2011. 23 de enero de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular y Jorge Mario Pardo Rebolledo; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea formuló voto concurrente. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Javier Mijangos y González y Beatriz J. Jaimes Ramos.

QUINTA.- Ahora bien, la solución de los problemas que generan las Constituciones materiales no parece encontrarse en la adopción de una Constitución formal a lo KELSEN, pues una Constitución así de descarnada hace perder el sentido al constitucionalismo como concepción del derecho plenamente comprometida con el control del poder para la protección de los derechos (también por tanto, o sobre todo de los derechos de las minorías frente al eventual atropello de la mayoría). Además, los principios, al expresar valores y fines respaldados en mayor o menor grado por los diversos grupos sociales posibilitan un pacto constituyente en el que todos pueden reconocerse, lo que contribuye a la integración política en una sociedad plural. Y este es el drama de la justicia constitucional. Tenemos por ejemplo a los grandes grupos empresariales, fomentando y contribuyendo con los legisladores de diversas formas, para que emitan leyes que protejan a sus empresas y actividades de las mismas, con el único fin de crecer desmesuradamente, a fin de sobre capitalizar el beneficio para sus empresas. Mientras los pequeños grupos con insuficiente poder económico, no son respaldados por los legisladores para que protejan lo poco que poseen, de ahí que existe un abismo económico entre esas partes, en cuanto a su calidad de vida.

SEXTA.- La consagración constitucional de derechos y principios materiales de justicia plantea problemas con el legislador democrático y con el juez. Pero, por otro lado, si ha de tener sentido el pleno control del poder, es necesario concebir la Constitución no ya, como la carta formal de distribución del poder en el sistema, sino sobre todo, como el reconocimiento de los principios de justicia que han de constituir los cauces por los que transcurra la vida social y política. Estos principios de justicia, además, no son sólo los derechos de participación en el debate democrático, pues la sola garantía de estos derechos aún no protege a la minoría, que puede ser arrollada por una decisión de la mayoría; son también la consagración constitucional de las plurales concepciones de justicia presentes en la sociedad. Es decir, la concepción de la democracia a la que debe dar vida la Constitución no es la formal que establece quién decide y cómo se decide, sino la sustancial que establece qué es lo que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede decidir. Mas sin embargo, es muy distante entre lo que debe ser y lo que es en realidad; lográndose lo que debe ser, con un mayor control de la sociedad sobre sus gobernantes y con una transparencia donde participe activamente la sociedad en su conjunto. Sin transparencia no hay desarrollo colectivo.

SEPTIMA.- Pero la solución tampoco puede ser auspiciar Constituciones de detalle, porque el marco de valores constitucionales tiene que ser lo bastante abierto como para no producir asfixia legislativa, es decir, para que siga teniendo sentido afirmar que corresponde al legislador democrático, de acuerdo con las concepciones valorativas de su tiempo, determinar el contenido de los principios y resolver las colisiones entre ellos dentro de los límites permitidos por la Constitución. Si alguna

virtualidad democrática tiene la concepción abierta de las Constituciones de principios es justamente eso: que se traslada al legislador la definición concreta de las conductas que en cada momento histórico han de realizar los valores y fines expresados por los principios constitucionales.

Otro detalle importante, es que para ser legislador, basta con que la persona sea ciudadano con derechos, de ahí que a las diversas legislaturas, lleguen personas no preparadas jurídicamente para saber legislar, o mínimo con la suficiente capacidad para saber hacer las leyes que de ellos emanan, ya que es común ver llegar a personas no preparadas para realizar la labor de legislador, y en donde sus decisiones afectaran a todo un conglomerado poblacional, sin la suficiente capacidad para realizar esa labor y en detrimento de una gran mayoría que esta sujeta a las leyes emanadas de personas no preparadas.

OCTAVA.- Teniendo en cuenta que el parámetro de control que ha de usar la jurisdicción constitucional es una Constitución cargada de cláusulas abiertas y principios materiales de justicia de significado altamente conflictivo, y teniendo en cuenta además que, en vista de la protección de derechos, hay una tendencia a introducir en el ámbito de la justicia constitucional, mecanismos de defensa de los derechos frente a los actos de los jueces ordinarios, parece que lo único que cabría pedir de la jurisdicción constitucional es un ejercicio de autocontención; un self restraint que permita mantener las saludables fronteras entre el juicio de constitucionalidad, por un lado, y el juicio político y el de legalidad, por otro. La falta de preparación para aplicar la Constitución y las leyes que de ella emanan, tanto en

los legisladores que emiten leyes, como en los jueces que las aplican, provocan en la sociedad, una mala calidad de vida que influye en el desarrollo de la comunidad a la que pertenecen.

NOVENA.- La ponderación es entendida como un límite a los límites de los derechos fundamentales, esto es, cuando mediante una medida del legislador (Ley) pretende limitar un derecho fundamental (principio) la ponderación opera para controlar si ese límite es adecuado y necesario para cumplir con los fines que garanticen los derechos fundamentales esto es, se ponderaran los dos principios en conflicto a fin de determinar cual prevalece sobre el otro. Prevaleciendo el que cause menos daño al gobernado, de ahí que los juzgadores deben ser personas de reconocida solvencia moral y principios, para saber que modalidad aplicar a la persona, sobre la cual se emitirá un fallo importante.

DÉCIMA.- Las sociedades contemporáneas buscan el sello de aprobación ante los individuos con una sola fórmula: Estado de Derecho. Pero, en filosofía política y en la historia de las sociedades existen tantas posturas respecto al Estado de Derecho que debilitan la fortaleza que envuelve al concepto. Y no se trata de un problema banal. La dificultad de precisar los alcances de un modelo de Estado de Derecho sobre otro acarrea graves consecuencias para el desarrollo de una sociedad. A pesar de ello, la estrella guía deberá ser siempre el Estado limitado por el Derecho. El Estado de Derecho, debe ser una sociedad donde se respeten y hagan valer los postulados de la norma suprema y el Estado deberá saber garantizar el mismo Estado de Derecho, pues de lo contrario, la sociedad se lo demandara. Un

claro ejemplo de una falta de Estado de Derecho, lo vemos en el vecino Estado de Tamaulipas, donde no existe un verdadero Estado de Derecho, pues en la practica, son innumerables las violaciones a las garantías de sus habitantes, tanto por los poderes del Estado, como por los particulares: no existe el derecho humano de la seguridad publica, ni el derecho al libre transito, ni el derecho a la vida. Esas garantías son letra muerta que el Estado no ha logrado imponer durante varios años, gracias a que los ultimos gobernantes, son gente no preparada o impuesta por intereses políticos y económicos, desatendiendo los postulados que establece la misma Constitucion Federal, asi como la local, sin que exista un avance significativo en ese Estado fronterizo, hacia los derechos de sus gobernados.

DÉCIMA PRIMERA.- En el mundo contemporáneo se va haciendo cada vez más apremiante, todo en el ámbito jurisdiccional, dar razón y justificar adecuadamente el sentido de las resoluciones que tienen que emitir los órganos judiciales, de modo necesario, sobre las controversias que tienen que emitir los órganos judiciales, sobre las controversias que le son sometidas a su consideración. En la actualidad, los juzgadores de ultima instancia, deberían ser los mas preparados, puesto que sus decisiones impactaran en gran medida en el desarrollo de las personas sobre quien van a decidir la controversia planteada; mas sin embargo, son dichos juzgadores, los que menos conocen la realidad de campo en la que viven las personas sobre quien van a decidir una controversia. En realidad, son interpretadores de la ley suprema e interpretadores de un cumulo de papeles y tomos llamados expedientes, sin voltear a ninguna otra parte, más que a la misma letra de la ley superior, decidiendo a discrecionalidad muchas de las veces, con apariencia parcial en asuntos muy

relevantes, sin analizar todos los supuestos que rodearon la controversia sobre la que van a decidir en definitiva, de ahí que no sean bien vistos y aceptados por la mayoría de la sociedad, pues deciden según su discreción, sobre un monto de hojas de papel y misma decisión que impactara en gran medida a un integrante de una familia y al conjunto de la familia en general, sin la menor transparencia en su estudio y toma de decisión. Un claro ejemplo lo tenemos en la sentencia que emitió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (comentado anteriormente) en el Amparo en Revisión 517/2011, misma que decidió la inmediata libertad de la supuesta secuestradora francesa Florence Marie Louis Cassez Crepin, provocando una desconfianza generalizada de la mayoría de la población, hacia los Ministros de la Suprema Corte, que está en la práctica, muy apartada de los intereses que rodean a la sociedad en su conjunto, y con muy poca o nula comunicación con los gobernados, a quienes aplican la ley a discrecionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY, Robert. "*Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*". Trad. LARRAÑAGA, Pablo. Revista Isonomia N. 1. Distribuciones Fontamara. S.A.-ITAM. México. 1994.
2. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. MALEM SEÑA, Jorge. 2ª edición. Editorial Gedisa. Barcelona. 2004.
3. ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad. BERNAL PULIDO, Carlos. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Madrid. 2004.
4. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2008.
5. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Trad. LARRAÑAGA, Pablo. Distribuciones Fontamara, S.A. México. 2005.
6. ALFONSO Santiago. *Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008*.
7. ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto, y ALEXY, Robert. *Jueces y ponderación argumentativa*. México. 2003.

8. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona. Ariel. 1996.
9. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2006.
10. ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona. Ariel. 2002.
11. ATIENZA, Manuel. *Los límites de la interpretación constitucional*. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (Coordinador) *Interpretación constitucional*. México, Porrúa. UNAM. 2005. Tomo I.
12. BARRIENTOS PELLEGER, César C. *Poder Judicial y Estado de Derecho*. Guatemala. F&G. 2001.
13. BARROSO, Luis Roberto. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *El Triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. 2008.
14. BERISTÁN, H., y MAURICIO Beuchot. *Filosofía, retórica e interpretación*. México. UNAM. 2000.
15. BERNAL PULIDO, Carlos. “*Estructura y trámites de la ponderación*”. DOXA. No. 26. Alicante. 2003.
16. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005.
17. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Fondo de Cultura Económica. México. 1996.

18. BOBBIO, Norberto. *Teoría general de la política*. Trotta. Madrid. 2003.
19. BÖCKENFÖRDE WOLFGANG, Ernst. *Estudios sobre Estado de Derecho y la democracia*. Trotta. Madrid. 2000.
20. CALSAMIGLIA, Albert. "Postpositivismo". *Doxa*. 21:209. 1998.
21. CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *La argumentación como derecho*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007.
22. CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law. Principles and Policies*. segunda edición. Aspen. Nueva York. 2002.
23. CICERÓN, Marco Tulio. *De la invención retórica*. México. UNAM. 2001
24. COLEMAN, J .L. y LEITER, B. "Legal Positivism" en Patterson, D. (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford. Blackwell. 1996.
25. CORNANDUCCI, Paolo. "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico". CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid. Trotta. 2003.
26. COSSÍO, Carlos. *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad*. Ed. Losada. Bs. As. 1944.
27. DA SILVA. José Alonso. *Escribió su celebre tesis Aplicabilidade das normas constitucionais*. 1968.

28. DEHESA DÁVILA, Gerardo. *Introducción a la Retórica y la Argumentación*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2007.
29. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. cit. nota 31; id. *El imperio de la justicia*. cit. nota 31.
30. DWORKIN, RONALD. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press. 1996.
31. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 1977.
32. FERRAJOLI, Luigi. "Más Allá de la Soberanía y la Ciudadanía: Un Constitucionalismo Global" en *Estado Constitucional y Globalización*. Compilado por Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez. UNAM-Porrúa. México. 2001.
33. FERRAJOLI, Luig. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*.
34. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Trads. Perfecto, Andrés Ibañez y Andrea Greppi. 3ª edición. Trotta. Madrid. 2002.
35. FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000.
36. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta. 1989.

37. GALINDO SIFUENTES, Ernesto. *“Un caso de ponderación judicial”*. Revista Reforma Judicial. No. 10. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. Julio-Diciembre. 2007.
38. GALINDO SIFUENTES, Ernesto. *Argumentación Jurídica*. México. Editorial Porrúa. 2009.
39. GANO JARAMILLO, Carlos Arturo. *Oralidad, debate y argumentación*. Colombia. Grupo Editorial Ibáñez. 2008.
40. GARCIA FIGUEROA, Alfonso J. y GASCON ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho*. 2ª edición. Palestra Editores. Lima. 2005.
41. GARCIA FIGUEROA, Alfonso y GASCON ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores. Lima. 2003.
42. GARCÍA, Eloy. *El Estado constitucional ante su momento maquiavélico*. Madrid. Civitas. 2000.
43. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *“El Papel del Juez en el Estado de Derecho”*. Añón Roig, María José. *Teoría del Razonamiento y la Argumentación Jurídica*. Universidad de Valencia. Valencia. 2004.
44. GASCÓN ABELLÁN, Marina, García Figueroa, Alfonso J. *La argumentación en el derecho*. Lima. Palestra Editores. 2005.

45. GÓMES CANOTILHO, J.J. y Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituicao*. 1991.
46. GONZALEZ DE LA VEGA, René. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2001
47. GUASTINI, Ricardo. “*La ((constitucionalización)) del ordenamiento jurídico*”. Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). 2003.
48. GUASTINI, Riccardo. “*La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano*”. Estudios de teoría constitucional. IIJ-UNAM. Fontamara. México. 2001.
49. HALLVIS PELAYO, Manuel. *Teoría de la Interpretación*. México. Editorial Porrúa. 2007.
50. HESSE, Konrad. “*La fuerza normativa de la Constitución*”. *Escritos de derecho constituciona*. 1983. El texto original alemán, correspondiente a su clase inaugural en la cátedra de la Universidad de Freiburg, es del año 1959. Existe una versión en portugués: *A forza normativa da Constituicao*, trad. De Gilmar Ferreira Mendes. 1991.
51. HILBINK, Lisa. *Legalism against democracy: The political role of the judiciary in Chile, 1964-1994*. Tesis doctoral presentada en la Universidad de California. San Diego. 1999.
52. KANT, Manuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Porrúa. México. 2003.

53. Kelsen, Hans. *La teoría Pura del Derecho*. Ed. Losada. Buenos Aires. 1946.
54. LIBRO BLANCO DE LA REFORMA JUDICIAL. *Una Agenda para la Justicia en México*. P. 31.1 México. Poder Judicial de la Federación. 2006.
55. LLEDO PÉREZ, Juan A. *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid. Tecnos. 1996.
56. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Alianza. Madrid. 2000.
57. LOPERA MESA, Gloria Patricia. "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización". DOXA No. 27. Alicante. 2004.
58. LUIS Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro". Temas de direito constitucional. T. III.
59. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Cit. nota 35.
60. MALEM, Jorge. "La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart". Vázquez, Rodolfo, *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona. Gedisa. 1988.
61. MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo. *Justicia y administración*. México. 2001.
62. MARTÍNEZ DE LA ESCALERA, Ana María. *La retórica o el privilegio de la palabra*. (Consideraciones sobre filosofía y retórica). México. UNAM. 2000.

63. MARTÍNEZ ZORRILA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Marcial Pons. Barcelona. 2007.
64. MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal*. Tirant lo Blanch. Tomo II. 2009.
65. MONROY GALVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Librería Studium Ediciones. Lima Perú. 1987.
66. MORENO CRUZ, Rodolfo. *Del rule of law al Estado democrático constitucional de derecho: aproximación a los modelos de estado de derecho*. (trabajo publicado en Internet).
67. MORENO, José Juan. “Comanducci sobre Neoconstitucionalismo”. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. ITAM-Fontamara. México. Numero 19. 2003.
68. MORESO, José Juan. “Guastini sobre la ponderación”. Revista Isonomia. Instituto Tecnológico Autónomo de México. No. 17. México. 2002.
69. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires. Astrea. 1980.
70. PECES BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1999.

71. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Rule of law o Estado de Derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2003.
72. PINTO, Mónica. “*El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*”. AA.VV. La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1997.
73. PLANTIN, Christian. *L’argumentation*. Paris. Seuil. 1999.
74. PRIETO SANCHÍS, Luis. “*Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*”. Curso de posgrado “*Constitucionalismo y democracia, nuevos paradigmas de la teoría del derecho*”. Universidad de Castilla La Mancha. Toledo. 2002.
75. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra Editores. Lima. 2002.
76. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid. Trotta. 2003.
77. PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Publicado en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2001.
78. RAWLS, JOHN. *A Theory of Justice*. 1980.
79. REALE, Miguel. *Teoría tridimensional del derecho*. Madrid. Tecnos. 1997.

80. SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio de proporcionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2007.
81. SASTRE ARIZA, Santiago. “*La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*”. Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta. Madrid. 2003.
82. SASTRE ARIZA, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid. McGraw-Hill. 1999.
83. SENTÍS MELENDO, Santiago. *El Juez y el derecho*. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. Pág. 20-27.
84. TAMAYO SALMORÁN, Rolando. *Introducción al Estudio de la Constitución*. Fontamara. México. 2002.
85. VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá. Editorial Temis. 1999.
86. WESTON, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Barcelona. Ariel. 1998.
87. ZAGREBELSKY, Gustavo. “Dos tradiciones de derechos: Derechos de libertad y derechos de justicia”. *Derechos y Libertades*. Nº 2. Año 1 (1993-1994). Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III. Madrid.

88. ZAGREBELSKY, Gustavo. *“Jueces Constitucionales”*. Discurso pronunciado el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50^a aniversario de la Corte Constitucional Italiana.
89. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta. Madrid. 2003.

PAGINAS WEB CONSULTADAS

1. AMPARO EN REVISION 517/2011 QUEJOSO: FLORENCE MARIE LOUIS CASSEZ CREPIN www.scjn.gob.mx
2. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/40.pdf> Por Norma Lucia Piña Hernandez
3. LA FORMACION DE LOS JUECES FEDERALES EN MEXICO
http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8_14.pdf
4. CARLOS BÁEZ SILVA Luis González Placencia • Carlos Ríos Espinosa. Por la Secretaria de Investigacion del Instituto de la Judicatura Federal
5. FUNCION Y PROPOSITO DEL JUEZ PENAL MEXICANO
<http://cdigital.dgb.uanl.mx/te/1020149193.pdf>
6. Tesis para obtener el grado de maestria en la Facultad de Derecho de la UANL, en 1996, del alumno HERMINIO ANTERO CHANONA VILCHIS
7. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

[http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doc trina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doc_trina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml)

8. MIGUEL CARBONELL: LOS JUECES DE CONTROL EN EL SISTEMA ACUSATORIO, UN NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL EN MEXICO.

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S140591932011000200002&script=sci_arttext

9. Por Salvador Castillo Garrido, Magistrado Federal LA IMPUNIDAD FEDERAL EN MEXICO <http://www.animalpolitico.com/2015/04/por-que-hay-impunidad-en-mexico-cada-ano-un-juez-recibe-500-casos-nuevos/>

10. Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal 2011-2013 en México había en el año 2012 un total de 383 Jueces Federales y 646 Magistrados de Tribunales Colegiados.

11. LA ESTRUCTURA DE LA RENDICION DE CUENTAS EN MEXICO <http://www.cide.edu.mx/publicaciones/status/dts/DTEJ%2041.pdf> JOSE ANTONIO CABALLERO

12. IMPARTICION DE JUSTICIA FEDERAL

http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/censosgobierno/cnijf2014/doc/fm_cnijf_2014.pdf

13. CENSO NACIONAL DE IMPARTICION DE JUSTICIA FEDERAL 2014 EL ERROR JUDICIAL Y LA FORMACION DE LOS JUECES

https://books.google.com.mx/books?hl=es&lr=&id=ey0IBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA101&dq=related:ikL6HNyzhH4pkM:scholar.google.com/&ots=D5Uogiif6_&sig=jKTafB9Xzyr7A15N34sWSLCa7pA#v=onepage&q&f=false

14. FORTALECIMIENTO DE LOS JUECES PARA LA DEFENSA DE LOS
DERECHOS HUMANOS

http://bibdigital.flacso.edu.mx:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/3386/Alvarado_SE.pdf?sequence=1

15. Tesis de maestría en Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
ARGUMENTACION JURIDICA (3) Proporcionalidad y Ponderacion MIGUEL
CARBONELL (Robert Alexy, Carlos Bernal, Luis Prieto Sanchis, Gloria P.
Lopera Mesa)

16. Escuela Judicial del Poder Judicial de la Federación:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/refjud/cont/2/doc/doc17.htm>